

# UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

---



Trabajo de Fin de Máster.

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Que presenta:

Rodrigo Pérez Espinosa

*“Sobre dos aspectos jurídicos de la Declaración de Naciones Unidas  
sobre los derechos de los pueblos indígenas: entre el derecho  
internacional y la filosofía del derecho”*

Bajo la dirección de:

Dr. D. Oscar Pérez de la Fuente

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”  
Getafe, Madrid, 2014.

## Índice.

Página.

Prolegómenos.....	1
-------------------	---

### **PRIMERA PARTE**

I.1. La presencia de los pueblos indígenas ante la Organización de las Naciones Unidas.....	8
---	---

I.2. Contenido de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	20
--	----

II. Estatus jurídico de la Declaración. Primeros acercamientos.....	32
---	----

II.1. La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional.....	40
--	----

II.1.1. Las resoluciones y otros instrumentos políticos.....	45
--	----

II.1.2. Las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relaciones con normas jurídicas internacionales...	49
--	----

II.1.3. La declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y la costumbre internacional de derechos humanos.....	57
--	----

### **SEGUNDA PARTE.**

III.1. Excurso sobre los derechos.....	65
--	----

III.1.1. La forma de los derechos, las categorías de Wesley Hohfeld.....	67
--	----

III.1.2. Reflexiones acerca de la forma de los derechos.....	70
--	----

III.2. La función de los derechos. Las teorías del interés y de la elección voluntad.....	72
---	----

III.3. Derechos humanos.....	77
------------------------------	----

III.3.1. Bienes humanos básicos de la racionalidad práctica.....	81
--	----

III.4. Pueblos indígenas y derechos humanos.	
--	--

III.4.1. Primer acercamiento a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.....	87
--	----

III.4.2. Pueblos indígenas: cuestiones ontológicas.....	94
---	----

III.4.3. Ciertos instrumentos teóricos en la obra de Ronald Dworkin sobre la comunidad política.....	96
III.4.4. Valores centrales de la comunidad.....	98
III.4.5. Conflictos normativos entre derechos individuales y derechos colectivos.....	113
III.4.6. Especificaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.....	118
III.5. Algunos aspectos de la realización de los derechos de los pueblos indígenas.	
III.5.1. Los derechos de los pueblos indígenas y la no discriminación.....	130
III.5.1.1. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.....	131
III.5.1.2. Procedimientos ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.....	134
III.5.1.3. La no discriminación y los pueblos indígenas.....	135
III.5.1.3.1. Procedimiento de alerta temprana y acción urgente.....	138
III.5.1.4. Medidas especiales contra la discriminación y los derechos humanos de los pueblos indígenas.....	139
IV. Conclusiones.....	146
V. Bibliografía.....	151

## **Prolegómenos.**

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la resolución que contenía la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”<sup>1</sup>, declaración que delimitó en gran parte el futuro jurídico y el estatus político de los diferentes pueblos indígenas que habitan diferentes países del mundo además de cerrar provisionalmente una serie de negociaciones altamente controversiales y complejas que se prologaron más de veinte años en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Dicha declaración de derechos fue el desenlace y materialización de esas negociaciones que implicaron a los Estados miembros de las Naciones Unidas, diferentes organizaciones internacionales no gubernamentales, expertos independientes y, principalmente, a los pueblos indígenas mismos. La declaración es reflejo del compromiso de los Estados firmantes para proveer un reconocimiento jurídico y político efectivo, así como apoyo y protección para los pueblos indígenas.

La declaración establece una serie de derechos de los pueblos indígenas los cuales se aspira a que sean reclamados, ejercitados y aplicados por los pueblos indígenas al interior de los diferentes Estados, así como en el derecho internacional. En virtud de sus provisiones, extensas y de enfoque altamente jurisdiccional, la declaración ha significado un punto de inflexión en la lucha de los pueblos indígenas por su reconocimiento. Asimismo, la declaración también ha de entenderse como un precursor en el cambio teórico concerniente a la discusión y análisis de los derechos de los pueblos indígenas; análisis en el que tenemos que distinguir entre la declaración de derechos y su valor en el plano jurídico internacional, los derechos –como construcciones normativas atribuibles a los pueblos indígenas– y la implementación de la declaración en las organizaciones internacionales y en el plano doméstico.

La novedad de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas ha provocado que todavía no existan trabajos que analicen de forma completa las tres preguntas principales sobre la declaración de derechos de los pueblos indígenas, a saber, (a) la posición de la declaración en el plano jurídico internacional y sus posibles consecuencias en este; (b) una construcción teórica sobre los derechos de los pueblos

---

<sup>1</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, sexagésimo primer periodo de sesiones, A/RES/61/295 (Anexo) de 13 de septiembre de 2007.

indígenas que se reconocieron en la declaración que sea conforme al sistema internacional de derechos humanos dentro del cual se intentan incluir los derechos de los pueblos indígenas; y, por último, (c) la implementación de la declaración en la práctica internacional y en los diversos contextos estatales. En este trabajo, se intentan dilucidar las dos primeras cuestiones, su posición en el plano jurídico internacional y las implicaciones de reconocer a los derechos humanos de los pueblos indígenas como derechos colectivos. La importancia de esas primeras dos implicaciones de la declaración sobresalen todavía más en tanto que estas determinarán en gran medida las posibilidades y posibles problemas en la implementación de la declaración en la práctica internacional y estatal.

Los dos puntos seleccionados sobre los cuales analizamos la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas parecen ser bastante concisos y básicos, no obstante, veremos más adelante que las implicaciones de ambos puntos tienen consecuencias radicales para la práctica de los derechos humanos, lo que puede llegar a tener implicaciones que, sin exagerar, pueden llegar a ser de vida o muerte para los pueblos indígenas alrededor del mundo. La dificultad de analizar ambos aspectos en un mismo trabajo es que en ocasiones parecería que las posibles reflexiones elaboradas desde una perspectiva de derecho internacional son un apartado estanco de las posibles reflexiones filosóficas desde una teoría de los derechos que se pueden elaborar.

Las discusiones académicas que han surgido alrededor de los derechos de los pueblos indígenas parecen presentar por un lado “la ubicuidad y diversidad de los discursos y las prácticas de los derechos, por un lado, y las implicaciones de paz y justicia, por el otro”<sup>2</sup> en el derecho internacional de los derechos humanos aunque sin establecer claramente las relaciones entre los aspectos político internacionales y jurídicos, si es que las hay. La declaración, que desde su adopción fue alabada como “triunfo por la justicia y la dignidad humana”<sup>3</sup>, tal como lo dijo el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour ante la Asamblea General, lo que nos obliga a determinar tanto sus aspectos en la práctica internacional como desde una perspectiva teórica, puntos que se refuerzan mutuamente.

---

<sup>2</sup> COWAN, Jane K., DEMBOUR, Marie-Bénédicte, WILSON, Richard A. (eds.), *Culture and rights: anthropological perspectives*, 4ª reimpr., Nueva York: Cambridge University Press, 2001, p. 1.

<sup>3</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Comunicado de prensa*, Ginebra: UN publication, 13 de septiembre de 2007.

Los problemas aparentes sobre el aspecto jurídico y filosófico de los derechos de los pueblos indígenas resultan de la profunda dimensión continente de la política y de lo social, en las que se reducen dichos fenómenos a aspectos especializados o tecnologizados y que imposibilitan el pensamiento e intervención genuina de las personas. De este modo, tenemos que las discusiones sobre el papel jurídico de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es, al mismo tiempo, altamente técnico y aparentemente sólo defendible desde argumentos ideologizados, dependiendo de la simpatía o antipatía que se tenga de las pretensiones de los pueblos indígenas.

Si bien el desarrollo que ha tenido el derecho internacional y las relaciones internacionales se ha centrado en el Estado como única instancia normalizadora, en donde la creación humana de ciertas normas y reglas ha establecido un plano convencional y regulado tiene ciertos problemas frente acontecimientos excepcionales. Uno de estos acontecimientos excepcionales lo constituye la declaración, documento donde se expresan ciertos derechos que buscan permitir la participación política, social y económica de un grupo que normalmente ha vivido situaciones de exclusión y violencia. Ante dicha circunstancia, hay que considerar el idioma moderno de los derechos humanos, utilizado en un amplio espectro de situaciones como expresión de un fundamento inalterable de las instituciones justas y de las acciones permitidas.

La articulación de los dos aspectos que vamos a tratar en el presente trabajo sobre la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas están estrechamente relacionados con el plano formal de la política y lo social, intentando descomponer analíticamente dichos aspectos para su análisis teórico y filosófico. Los dos aspectos se relacionan y generan cierta tensión, por un lado tenemos los aspectos formales que nos indican en ocasiones que cierta situación no es posible y, por el otro, la necesidad de una verdadera intervención política y social de los pueblos indígenas que nos permiten delinear ciertas verdades heterogéneas, no por encontrar fundamentos ontológicos eternos sino por ser una verdad prerreflexiva sobre la condición humana.

Los dos grandes puntos que hemos mencionado que se deben tratar acerca de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas se tratan en las dos partes en las que se ha dividido el presente trabajo; puntos que constituyen los dos principales focos de atención del presente trabajo, el primero centrado en entender cuál es el valor de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional y, una

vez delineado tal punto, pasaremos a formular un marco teórico sobre los derechos de los pueblos indígenas, con una principal atención a los derechos colectivos.

Nos hemos centrado en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas a nivel internacional como desde la teoría de los derechos por su conexión, en muchas ocasiones tácita, entre aquello definido expresamente en una norma y los valores que se intentan proteger con estas. Analizamos ciertos aspectos institucionales, así como instrumentos jurídicos internacionales, para conocer el contenido, estructura y alcances de las normas y procesos creados al interior de las Naciones Unidas que culminaron con la adopción de la declaración sobre los pueblos indígenas, así como una propuesta de su correcta valoración en dicho plano jurídico internacional.

Una vez que evaluemos la declaración en el plano jurídico internacional resulta claramente que uno de los problemas a los que se enfrenta radica en el plano valorativo del derecho, esto es, que los argumentos esgrimidos normalmente en contra de los derechos humanos de los pueblos indígenas van más allá de una cuestión técnica de derecho internacional sino que se construyen desde posiciones teóricas desde la filosofía del derecho. Por esta situación, consideramos indispensable la elaboración de un marco teórico coherente que busque aportar una alternativa a las distintas teorías de los derechos que se han elaborado hasta la fecha.

La primera parte del trabajo se centra en la posición a desarrollar por la declaración en el derecho internacional de los derechos humanos. El primer apartado (I.1.) narramos brevemente la presencia de los pueblos indígenas al interior de la Organización de las Naciones Unidas, donde resulta claramente que la presencia de distintos grupos que se autoidentificaron como «indígenas» al interior de dicha organización internacional ha sido persistente desde su establecimiento y, por lo tanto, establecer que las realidades indígenas se limitan a contextos limitados como las realidades en América u Oceanía no es del todo coherente. En el segundo apartado (I.2) nos limitamos a intentar sistematizar el contenido de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, lo que es fundamental para el presente trabajo en tanto que dicho análisis nos permitirá ver las novedades que contiene la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y servir como punto de reflexión para la segunda parte de objetivos claramente teóricos.

Después de analizar brevemente los contextos formativos de la declaración y la presencia de los pueblos indígenas ante la Organización de las Naciones Unidas, haremos un breve análisis sobre las posibles consecuencias normativas de la declaración en el sistema jurídico internacional, para lo cual es necesario dilucidar cual es el papel a desarrollar por la declaración (apartado II), para lo que tenemos que hacer frente a una de las principales clasificaciones de la declaración hecha en casi todos los trabajos de la misma como *soft law* (apartado II.1), así como las consecuencias normativas de las resoluciones declarativas de derechos adoptadas por la Asamblea General y la utilización de ciertos instrumentos políticos en el plano jurídico internacional (apartado II.1.1). El análisis de dichas cuestiones nos permitirá hacer una propuesta concreta sobre la relación de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas respecto de las normas jurídicas internacionales de derechos humanos (apartado II.2) y elaborar una propuesta concreta sobre la relación de la declaración con el derecho consuetudinario internacional y las demás normas internacionales, la conclusión general de esta primera parte del trabajo puede adelantarse en tanto que no coincide con la mayoría de las posiciones académicas desarrolladas sobre el tema, en tanto que proponemos que la posición formal de votación de los Estados sobre declaración no tiene un impacto formativo inmediato de derecho consuetudinario sino que dependerá en gran medida de los avances teóricos y prácticos que se vayan elaborando a partir de la declaración misma además de salvar la posibilidad de continuar los avances de protección internacional con un cuerpo político indispensable para la comunidad internacional como lo es la Asamblea General.

La segunda parte del trabajo se centra en el análisis general de los derechos de los pueblos indígenas desde una teoría de los derechos. Como hemos mencionado, esta cuestión aunque parecería de inicio ajena a las consideraciones de la segunda parte tiene una relación muy especial si consideramos que las novedades de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y su eventual utilización en por los distintos órganos nacionales e internacionales de derechos humanos depende del ejercicio teórico sobre los derechos colectivos e individuales contenidos en la declaración.

Como punto de inicio de la segunda parte del trabajo es pertinente notar que los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial se han extendido a lo largo y ancho del mundo, consagrándose en una serie de pactos y declaraciones –como la que nos ocupa en el presente trabajo–, que parecen denotar una fuerza normativa peculiar



aunque en gran medida incierta, la proliferación del idioma de los derechos humanos ha generado una nueva realidad innegable, un discurso global que constituye una especie de “esperanto político”<sup>4</sup>. Por lo que el análisis del uso contemporáneo de los derechos (III.1) es indispensable para la elaboración teórica de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

El análisis de la forma de los derechos (III.1.1) y de la función de los mismos (III.2) nos permitirá identificar ciertos elementos básicos de racionalidad práctica (III.3.1) que nos permitirán establecer las bases para acercarnos específicamente a los derechos de los pueblos indígenas (III.4) para dilucidar que los derechos colectivos no son una simple moda sino que sus implicaciones filosóficas y jurídicas son de mucha mayor envergadura.

Para el análisis de los derechos colectivos de los pueblos indígenas entramos a discutir ciertas teorías liberales al respecto, las cuales tienen una especial relevancia por los antecedentes liberales de los derechos humanos y la posible tensión con las pretensiones colectivas de los pueblos indígenas, donde analizaremos las deficiencias de dichas construcciones liberales contemporáneas (III.4.1), además de la posible cuestión ontológica de los pueblos indígenas (III.4.2) para centrarnos en la posibilidad de que los pueblos indígenas constituyen una comunidad política completa (III.4.3 y III.4.4) lo que incluye responsabilidades y derechos que corresponden en sí mismos a la colectividad.

Como último punto sobre la teoría de los derechos de los pueblos indígenas analizaremos los posibles conflictos normativos entre los derechos individuales y colectivos (III.4.5). Preocupación de muchas personas tanto académica como en la práctica, para lo que establecemos ciertas soluciones teóricas para acomodar las pretensiones individuales y colectivas (III.4.6).

Por último, analizaremos algunos aspectos sobre la realización de los derechos de los pueblos indígenas (III.5) a través del análisis de los derechos de los pueblos indígenas y de la no discriminación (III.5.1). Dicho análisis se ha elaborado con la intención de articular una de las consecuencias de lo que se elabora en el presente trabajo, es decir, como los aspectos técnico-jurídicos de la declaración sobre los derechos de los pueblos

---

<sup>4</sup> GLENDON, Mary Ann, *Rights talk: the impoverishment of political discourse*, Nueva York: The Free Press, 1991, p. XII.

indígenas en el derecho internacional y los aspectos jurídico-filosóficos pueden servir de cierta guía para evaluar la situación de los pueblos indígenas alrededor del mundo.

## **PRIMERA PARTE.**

### **I.1. La presencia de los pueblos indígenas ante la Organización de las Naciones Unidas.**

El punto de partida necesario para la consideración de los derechos de los pueblos indígenas es la distinción entre los derechos como construcciones normativas que atribuyen cierta premisa –derechos– a los pueblos indígenas, de la preocupación de las condiciones de vida de los indígenas en el marco de las relaciones con el Estado y las comunidades indígenas, es decir, cierto papel pasivo en una consideración moral al que fueron sujetos en un primer momento los pueblos indígenas en el derecho internacional.

Fue justamente en su papel pasivo, como objetos de cierta consideración moral, que los problemas a los que se encontraban sujetos los pueblos indígenas fueron discutidos en un primer momento al interior de las Naciones Unidas, principalmente en lo que respecta sus condiciones de vida. Durante la primera parte de la tercera sesión de la Asamblea General de septiembre y diciembre de 1948, dentro del Grupo del Continente Americano, la delegación boliviana propuso que el Consejo Económico y Social organizara una subcomisión para el estudio de “los problemas sociales de la población aborigen del continente americano”<sup>5</sup> aunque la discusión de dicho tema fue pospuesto hasta la segunda parte de la tercera sesión en mayo de 1949, en donde se discutieron propuestas que el estudio de las poblaciones indígenas en el marco de la discriminación racial y protección de minorías<sup>6</sup>, aunque dicha situación no evitó que se negaran situaciones de discriminación a las “poblaciones aborígenes” por otros Estados americanos<sup>7</sup>. Finalmente, la propuesta boliviana fue aprobada por el Comité Político *ad hoc* con unos cambios menores, para el estudio de “grupos sociales subdesarrollados” y por México, que se asociaría con el Instituto Indigenista Interamericano para el estudio.

En la siguiente sesión de la Asamblea General, se adoptó la recomendación del Comité Político *ad hoc* en la resolución 275(III) que recomendó al Consejo Económico y Social, con la asistencia de las agencias especializadas y con la colaboración del Instituto Indigenista Interamericano, el estudio de la situación de la población aborigen,

---

<sup>5</sup> *Yearbook of the United Nations 1948-1949*, parte 1, p. 621.

<sup>6</sup> Propuesta del representante de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, haciendo particular énfasis en la situación de los “negros” en los Estados Unidos de América; *Ídem*.

<sup>7</sup> El representante de Guatemala afirmó categóricamente que no existía un problema de discriminación racial en contra de las poblaciones aborígenes del país sino que se trataba de un fenómeno social y cultural; *Ídem*.

contando con la cooperación del Secretario General<sup>8</sup>. Cabe mencionar, que si bien el papel de los pueblos indígenas, o poblaciones aborígenes como se les llamaba indistintamente, era principalmente pasivo o como objetos de ciertos estudios para mejorar sus condiciones de vida, el estudio fue en parte resultado del acta final del Segundo Congreso Indigenista Interamericano y de la resolución conjunta de parte de Bolivia, Ecuador, México y Perú elaborada en Cuzco en 1949, que propugnaba por dicho estudio entre otras cosas<sup>9</sup>, así como por los esfuerzos al interior de la Organización Mundial del Trabajo para mejorar las condiciones de vida y laborales de las poblaciones indígenas.

Otra de las primeras incidencias de los pueblos indígenas como objetos de consideración ético-jurídico se dio al interior del Subcomité para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías, órgano creado en 1947 como auxiliar de la Comisión de Derechos Humanos<sup>10</sup> que tenía como principal encargo la elaboración de recomendaciones para prevenir todo tipo de discriminaciones y la protección de minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos no contiene referencia alguna a la problemática de las minorías, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe explícitamente la discriminación en razón de alguno de los elementos señalados.

No fue sino hasta la década de 1970 en que al interior de la Organización de las Naciones Unidas se abordó específicamente la cuestión de los pueblos indígenas<sup>11</sup>. Durante muchos años de existencia de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, la misma se había centrado únicamente en la primera parte de su mandato, esto es, en la eliminación de la discriminación a través de la integración y la igualdad, siendo ignorada en gran medida la otra parte de su encargo, esto es, la protección de minorías. La entrada en vigor del Pacto Internacional de

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 622.

<sup>9</sup> Sobre los pueblos indígenas en el contexto interamericano; Cfr. OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos: fundamentos, contextos formativos y normas de derecho internacional*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2012, p. 394 y ss; MARROQUÍN, Alejandro, *Balance del indigenismo: informe sobre la política indigenista en América*, México: Instituto Indigenista Interamericano, 1972, p. 19 y ss.

<sup>10</sup> Respondiendo al encargo que tenía la Comisión de acuerdo con lo acordado en el Consejo Económico y Social; *Yearbook of the United Nations 1946-1947*, parte 1, p. 470.

<sup>11</sup> Es conveniente señalar que en todos los años desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas se ha hecho alguna referencia a los pueblos indígenas o poblaciones aborígenes, especialmente en relación con el sistema de administración fiduciaria de acuerdo con el capítulo XIII de la Carta de las Naciones Unidas aunque sólo de manera contingente; cuestiones de subdesarrollo como las ya mencionadas y de discriminación.

Derechos Civiles y Políticos en 1976 permitió a la Subcomisión el comienzo de estudios con base en el artículo 27 de dicho Pacto, tarea que se encargó al miembro del subcomité Francesco Capotorti<sup>12</sup>.

Por recomendación del propio Capotorti, el estudio se dividió para estudiar la situación de las poblaciones indígenas por separado, cuestión aceptada por la Subcomisión y que después recomendó a la Comisión de Derechos Humanos dicho estudio específico<sup>13</sup>, encargado al diplomático ecuatoriano, José Martínez Cobos y titulado “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”<sup>14</sup>, que sería finalizado hasta 1986, y que permitiría la presencia de los reclamos indígenas de una forma más fácil y directa ante la Organización de las Naciones Unidas.

Dicho estudio marcó el paso en los posteriores avances de los derechos de los pueblos indígenas integrándose con otros movimientos de la sociedad civil, dentro de los cuales es necesario enfatizar la “Conferencia internacional de organizaciones no gubernamentales sobre la discriminación de las poblaciones indígenas en las Américas” celebrada en el Palacio de las Naciones de Ginebra en 1977. El congreso fue organizado por el Subcomité de Organizaciones No Gubernamentales de Naciones Unidas y marca un hito indiscutible en el proceso de internacionalización de los derechos de los pueblos indígenas<sup>15</sup>.

La Conferencia anterior, además de ser la primera llevada a cabo en las instalaciones de la Organización de las Naciones Unidas, reunió alrededor de 250 delegados indígenas del continente americano donde expusieron sus denuncias, reivindicaciones y demandas, las cuales, más allá de centrarse exclusivamente en la cuestión de la discriminación, fue utilizada para propugnar aspectos en positivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a la libre determinación.

---

<sup>12</sup> EIDE, Absjörn, “The indigenous peoples, the working group on indigenous populations and the adoption of the UN declaration on the rights of indigenous peoples”, en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work: the United Nations declaration on the rights of indigenous peoples*, Copenhagen: IWGIA, 2009, p. 35-36.

<sup>13</sup> Debemos destacar que el Estudio de José Martínez Cobos no trataría pueblos indígenas en Asia y África, en parte por la amplitud del estudio. *Yearbook of the United Nations* 1972, parte 1, sección 2, p. 470.

<sup>14</sup> Informe provisional sobre el estudio, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/301.

<sup>15</sup> BURGUETE CAL Y MAYOR, Araceli y RUÍZ HERNÁNDEZ, Margarito Xib, “Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas”, en AAVV., *Derechos indígenas en la actualidad*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 117 y ss.

Asimismo, las conclusiones y principales puntos de la conferencia fueron recogidas en un primer reporte final, en su primera parte, del “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” de José Martínez Cobos y que fue presentado en 1981<sup>16</sup>. Dentro de los puntos finales de la conferencia recogidos por el reporte, es de destacar el “Borrador de Declaración de principios para la defensa de las naciones indígenas y de los pueblos del hemisferio occidental”, en la que se insistía en el reconocimiento de las naciones indígenas<sup>17</sup> como sujetos de derecho internacional, además de pedir el reconocimiento de los tratados internacionales firmados con ellos, así como conceder grados de independencia acorde al derecho internacional<sup>18</sup>. Las pretensiones mencionadas, así como otras que se articularon sobre jurisdicción, control territorial, integridad nacional y cultural, protección al medio ambiente, contenidas en dicho borrador de declaración se arguyeron bajo una lectura de la colonización, en el entendimiento de los propios pueblos indígenas y sus circunstancias no sólo implicaban problemas de racismo o discriminación sino de dominación colonial<sup>19</sup>.

Las diferentes pretensiones de los pueblos indígenas buscaban la implicación de diversos organismos de las Naciones Unidas a través de (a) la creación de un Grupo de Trabajo al interior del Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías dedicado al estudio de los diferentes reclamos indígenas; (b) que el Comité Especial de las Naciones Unidas sobre Descolonización atendiera en una sesión *ad hoc* la condición colonial particular a la que se encontraban sometidos los pueblos indígenas; y, (c) que se revisara el Convenio número 107 de la Organización Internacional del Trabajo alejándose de los postulados del indigenismo asimilacionista.

Sin lugar a dudas, la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en 1982 significó un cambio en la consideración de las demandas indígenas<sup>20</sup>, de un papel meramente pasivo u objetos de consideración moral, como víctimas de discriminación o

---

<sup>16</sup> “International NGO conference on discrimination against indigenous populations in the Americas: proposals made by the indigenous participants”, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/476/Add.5/Annex IV de 17 de junio de 1981.

<sup>17</sup> Por tener una población permanente, un territorio definido, un gobierno y la posibilidad de tener relaciones internacionales con otros Estados; *Ibidem*, §1.

<sup>18</sup> *Ibidem*, §3-5.

<sup>19</sup> Dentro de las recomendaciones de los representantes de la nación Lakota que pedían sesión ante el Comité especial de las Naciones Unidas sobre Descolonización; *Ibidem*, Apartado C, §1

<sup>20</sup> Julian Burger y David Martín Castro consideran la creación del Grupo de Trabajo como el momento en el que se atendieron de manera formal las demandas indígenas, Cfr. BURGER, Julian y MARTÍN CASTRO, David, “Pueblos indígenas en Naciones Unidas: mecanismos de protección, agencias e instancias”, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 110.

racismo, a una postulación en términos positivos o afirmativos, es decir, sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.

El Consejo Económico y Social el 7 de mayo de 1982 autorizó a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación el establecimiento anual del Grupo de Trabajo acorde a la recomendación de la Subcomisión. Dicho Grupo de Trabajo que se reuniría durante cinco días en las sesiones anuales del Subcomité para revisar los diversos desarrollos relacionados con la promoción y protección de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, así como el analizar información requerida por el Secretario General o gobiernos, organizaciones intergubernamentales regionales y de las poblaciones indígenas mismas. Las conclusiones de los diferentes estudios y análisis elaborados por el Grupo de Trabajo serían enviadas a la Subcomisión para una especial consideración de los desarrollos en los estándares de protección de los derechos indígenas<sup>21</sup>.

Uno de las dificultades del mencionado Grupo de Trabajo era, como todos los demás grupos de trabajo de la Subcomisión, su conformación, al ser integrada por cinco miembros, todos parte de la misma, de las diferentes regiones del mundo establecidas por las Naciones Unidas. Por iniciativa propia del primer presidente del Grupo de Trabajo, Absjörn Eide, se acordó que además de los observadores autorizados formalmente se permitiera la participación de los indígenas mismos, medida apoyada por el director del Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Theo van Boven<sup>22</sup>.

Al interior del Grupo de Trabajo se discutió entre dos posibilidades, elaborar un proyecto de convención internacional acerca de los derechos de los pueblos indígenas o la elaboración de una declaración. Al final, se optó por una declaración como principal instrumento que permitiría la consolidación de los derechos de los pueblos indígenas al interior del sistema universal de derechos humanos<sup>23</sup>, es decir, destacando su papel como instrumento normativo al interior del régimen de derechos humanos y de la comunidad internacional, evitando las limitaciones que pueden llegar a tener los tratados internacionales de derechos humanos. El proceso de elaboración de la declaración debía tomar en consideración los siguientes principios en relación a las

---

<sup>21</sup> *Yearbook of the United Nations* 1982, parte 1, sección 2, p. 1065.

<sup>22</sup> EIDE, Absjörn, "The indigenous peoples, the working group on indigenous populations and the adoption of the UN declaration on the rights of indigenous peoples", op. cit., p. 34.

<sup>23</sup> Working group on indigenous populations, *Report on its second session*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/22, § 85.

poblaciones indígenas, (a) permitir el ejercicio pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal; (b) estar libres de toda forma de discriminación; (c) el derecho colectivo a la integridad de vida, libertad y seguridad en sus comunidades; (d) el derecho a practicar su religión y mantener sus lugares de culto; (e) el tener acceso a la educación en sus propias instituciones; (f) el derecho a mantener sus tradiciones e identidad; y, (g) derecho a fomentar la información y practicar sus formas de vida<sup>24</sup>.

En 1985, la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías pidió al Grupo de Trabajo la preparación de un borrador de declaración para su eventual adopción en la Asamblea General, mismo que sería finalizado para 1993<sup>25</sup>. La participación de las poblaciones indígenas fue facilitada con el establecimiento del Fondo Voluntario de Naciones Unidas para Poblaciones Indígenas en 1985 por resolución de la Asamblea General, cuyo principal objeto era facilitar la participación en el Grupo de Trabajo<sup>26</sup>. En la mayoría de las observaciones, opiniones y trabajos presentados en el Grupo de Trabajo por los representantes indígenas, especialmente del continente americano, se centraban en la insuficiencia de las medidas de protección de minorías bajo el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que su situación era similar a la del colonialismo interno porque los descendientes de los colonizadores habían adquirido independencia de los países europeos relegando a los indígenas a un segundo plano, por lo que se pretendía que los pueblos indígenas pudieran ejercitar su libre determinación acorde al derecho internacional.

Sin lugar a dudas, el nuevo papel que desarrollaron los pueblos indígenas al interior de las Naciones Unidas tenía como centro de gravedad al Grupo de Trabajo, donde los sucesivos esfuerzos, así como los estudios presentados en su interior, elaborados por el miembro y presidente del Grupo, Erica Irene Daes, a la elaboración de los primeros borradores de una declaración de derechos de los pueblos indígenas<sup>27</sup>. Para la Conferencia de Viena de Derechos Humanos se solicitó un borrador de la declaración,

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, Annex II.

<sup>25</sup> UN Sub-comision on the promotion of human rights and protection of minorities, UN Doc. E/Cn.4/Sub.2/1985/2/Annex II

<sup>26</sup> *Yearbook of the United Nations 1985*, parte 1, sección 2, capítulo XVIII, p. 847.

<sup>27</sup> DAES, Erica-Irene, "The contribution of the working group on indigenous populations to the genesis and evolution of the UN declaration on the rights of indigenous peoples", en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work...*, op. cit., p. 49-56.



además de hacer un llamamiento para proclamar la década de pueblos indígenas que comenzó en 1994, con el objetivo de reforzar la cooperación internacional para la solución de los problemas a los que se enfrentaban los pueblos indígenas en derechos humanos, medio ambiente, desarrollo, educación y salud<sup>28</sup>.

Dentro de las propuestas de la Conferencia de Viena de Derechos Humanos concernientes a las poblaciones indígenas, también hay que mencionar al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Para su establecimiento se celebraron dos talleres de trabajo en la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para estudiar la conveniencia y posibilidades de dicho cuerpo<sup>29</sup>. Tras la recomendación del Secretario General para la creación de dicho foro, en 1999 se creó un grupo *ad hoc* al interior de la Comisión de Derechos Humanos para el estudio de las diversas propuestas de foro permanente<sup>30</sup>.

Si bien el borrador de declaración ya había sido finalizado para 1993 al interior del Grupo de Trabajo, considerado como un logro mayor, la misma no se encontraría exenta de dificultades posteriormente. La entrega de la declaración a la Comisión de Derechos Humanos, así como el establecimiento de un Grupo de Trabajo para elaborar un borrador final al interior de la Comisión, mostró claramente que la toma de decisiones al interior de ese cuerpo político era completamente diferente a las discusiones en la Subcomisión que estaba integrada por expertos independientes.

Asimismo, una vez que la Comisión de Derechos Humanos tenía el borrador elaborado por el Grupo de Trabajo, la presión de los pueblos indígenas continuaba para la creación de un organismo especializado en pueblos indígenas, nos referimos a los esfuerzos para el establecimiento del Foro Permanente. En el grupo *ad hoc* para estudiar las posibilidades del foro que se reunió en 1999 y el año siguiente, se elaboró una propuesta específica que fue enviada al Consejo Económico y Social ese mismo año<sup>31</sup>. El Consejo Económico y Social acordó el establecimiento del Foro Permanente para las Cuestiones

---

<sup>28</sup> El título oficial de la década fue *Indigenous peoples: partnership in action*, Cfr. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and programme of action”, UN Doc. A/Conf.157/22 de 22 de junio de 1993.

<sup>29</sup> El primer taller fue celebrado en Copenhague en 1995, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/7. El segundo fue celebrado en Santiago de Chile en 1997, E/CN.4/1998/11.

<sup>30</sup> Comisión de Derechos Humanos, “Report of the open-ended inter-sessional ad hoc working group on a permanent forum for indigenous people in the United Nations system”, UN Doc. E/CN.4/1999/83 de 25 de marzo de 1999.

<sup>31</sup> Comisión de Derechos Humanos, “Report of the open-ended inter-sessional ad hoc working group on a permanent forum for indigenous people”, UN Doc. E/CN.4/2000/86 de 28 de marzo de 2000.

Indígenas<sup>32</sup>, como órgano subsidiario del Consejo y con facultades de consulta en lo concerniente al desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos de los pueblos indígenas<sup>33</sup>.

Además del Foro Permanente, al interior de la Comisión de Derechos Humanos se creó otro cargo que terminó de delimitar el marco institucional de lo pueblos indígenas al interior del sistema universal de derechos humanos en las Naciones Unidas, nos referimos al establecimiento del “Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas”. En el año 2001, el cuerpo político de la Comisión de Derechos Humanos creó dicho procedimiento especial para la investigación temática de circunstancias que tienen impacto en la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas, además de otorgarle facultades para hacer visitas *in loco* a los países, así como elaborar comunicaciones y recomendaciones sobre alegaciones de derechos humanos<sup>34</sup>. El mandato inicial de tres años otorgado al antropólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen, mismo que fue renovado en 2004, añadiendo la facultad de poder hacer el seguimiento de las recomendaciones emitidas en sus funciones<sup>35</sup>. Sin lugar a dudas, el establecimiento de este cuerpo especial, que continuaría su funcionamiento después al interior del Consejo de Derechos Humanos y con el nombramiento de James Anaya como nuevo relator especial hasta la fecha, significa el asentamiento del marco institucional y del estudio específico de los derechos humanos en las relaciones entre las Naciones Unidas y los Estados.

El establecimiento del nuevo cuerpo especializado en pueblos indígenas como lo es el Foro Permanente en Cuestiones Indígenas y el procedimiento especial de la relatoría, fueron de gran ayuda para el giro sorprendente en el destino de la declaración con el cambio de la Comisión de Derechos Humanos por el Consejo, que en su primera sesión adoptó la declaración para ser enviada a la Asamblea General<sup>36</sup>. La adopción de la

---

<sup>32</sup> Consejo Económico y Social, “Establishment of a Permanent Forum on Indigenous Issues”, E/Res/2000/22 de 28 de julio de 2000.

<sup>33</sup> *Ibidem*, § 1-2.

<sup>34</sup> Comisión de Derechos Humanos, “Human rights and indigenous issues”, UN Doc. E/CN.4/Res/2001/57 de 24 de abril de 2001, § 1.

<sup>35</sup> ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad. de Luis Rodríguez Piñero con la colaboración de Pablo Gutiérrez y Bartolomé Clavero, Madrid: Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, 2005, p. 295-207.

<sup>36</sup> *Yearbook of the United Nations 2006*, parte 2, p. 755-760; Cfr. ALBA, Luis Alfonso de, “The Human Rights Council’s adoption of the United Nations declaration on the rights of indigenous peoples”, en

declaración por el Consejo de Derechos Humanos ha sido calificado como el hito por el que se termina el periodo de negociaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas comenzado en la década de 1970<sup>37</sup>.

Centrándonos en la evolución de la Declaración al interior del Consejo de Derechos Humanos, la misma tuvo un gran apoyo con la adopción de la misma por treinta votos a favor, dos en contra y doce abstenciones. Si bien sólo Canadá y Rusia votaron en contra de la declaración, existieron otras inquietudes como lo demuestra la declaración conjunta de los gobiernos de Australia, Estados Unidos de América y Nueva Zelanda, en la que se referían específicamente a la problemática del derecho a la libre determinación, el derecho de consulta a los pueblos indígenas, así como mencionar la impracticabilidad e inaceptabilidad de las medidas sobre tierras, territorios y recursos naturales por oponerse a los propietarios legalmente reconocidos de dichas tierras, tanto indígenas como no indígenas<sup>38</sup>.

Asimismo, es importante notar la posición de Estados africanos sobre la declaración al interior del Consejo, ya que en un principio se encontraban divididas las posiciones, Camerún, Zambia y Sudáfrica votaron a favor de la declaración mientras que Algeria, Marruecos, Ghana, Nigeria, Túnez y Senegal se abstuvieron de votar<sup>39</sup>, además de la ausencia de Djibouti, Gabón y Mali<sup>40</sup>. Por lo que en un principio no existía una oposición generalizada de los Estados africanos, como a veces se llega sugerir respecto de los derechos de los pueblos indígenas en el continente africano.

Sin embargo, las presiones de los países que se oponían a la Declaración provocó que se pospusiera la adopción por el Grupo de Trabajo establecido para la elaboración del último borrador de la declaración, primero para la noviembre de 2006 y después hasta septiembre de 2007. En ese momento, es necesario destacar la posición del Relator Especial sobre la declaración, según el cual la aprobación casi general de la declaración

---

CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work...*, op. cit., p. 108 y ss.

<sup>37</sup> EIDE, Absjorn, "The indigenous peoples, the working group on indigenous populations and the adoption of the UN declaration on the rights of indigenous peoples", op. cit., p. 38.

<sup>38</sup> Misión Permanente de Australia ante las Naciones Unidas en la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, UN Doc. A/HRC/2/G/1 de 24 de agosto de 2006.

<sup>39</sup> Consejo de Derechos Humanos, "Resolution 2006/2: Working Group of the Commission on Human Rights to elaborate a draft declaration in accordance with the paragraph 5 of the General Assembly Resolution 49/214 of 23 December 1994", de 19 de junio de 2006.

<sup>40</sup> BARUME, Albert K., "Responding to the concerns of the African states", en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work...*, op. cit., p. 170.

al interior del Consejo de Derechos Humanos en 2006 implicaba que la declaración era uno de los textos fundamentales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas<sup>41</sup> y que por su adopción en el Consejo, la declaración era el marco de referencia esencial para el Consejo, para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y otras agencias<sup>42</sup>, para los derechos humanos de los pueblos indígenas que era reflejo del derecho consuetudinario internacional sobre la materia.

El posponer la adopción de la declaración en la Asamblea General respondía principalmente al cambio de posiciones de Estados africanos a través del lobby de los Estados que se oponían a la misma en un primer momento, recalcando que la independencia recién alcanzada por muchos de los Estados africanos podía verse desestabilizada por la carga política de muchos de los derechos contenidos en la declaración. La anterior posición muestra claramente algunos contrapuntos de la politización de los derechos humanos que normalmente deriva en una indiferencia a los claros abusos que sufren diferentes grupos e individuos alrededor del mundo.

La adopción final de la declaración en la Asamblea General tuvo nueve modificaciones del borrador aceptado en el Consejo de Derechos Humanos de un año antes. Dentro de las modificaciones, hay que destacar la inclusión del artículo 46(1) que delimitaba el derecho a la libre determinación del artículo 1º, entendiendo que dicho derecho no implicaba la autorización de ninguna acción que atentara total o parcialmente contra la integridad territorial o política de los Estados, con sus claros antecedentes en la “Declaración de relaciones amistosas y cooperación entre Estados” de 1970 y sus principios repetidos en la Conferencia de Viena y Programa de Acción de 1993. Lo anterior derivó en la eliminación del punto catorce del preámbulo, donde se reconocía que los pueblos indígenas podían determinar libremente su relación con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y respeto pleno.

Otro punto relevante que fue modificado se relaciona con el artículo 30 que en su borrador anterior prohibía actividades militares en los territorios de los pueblos indígenas salvo amenaza significativa relevante al interés público. La modificación fue la eliminación de las palabras «amenaza significativa» para mantener únicamente la

---

<sup>41</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen*, UN Doc. A/HRC/4/32 de 27 de febrero de 2007, § 78.

<sup>42</sup> *Ibidem*, § 79

posibilidad de actividades militares «justificadas por el interés público», cambio que tiene implicaciones directas sobre el control del territorio, especialmente en determinados países con la presencia de milicias y grupos armados.

Para garantizar el apoyo de los Estados africanos<sup>43</sup>, se incluyó un nuevo párrafo en el preámbulo reconociendo las diferentes circunstancias históricas de los pueblos indígenas alrededor del mundo, por lo que debían tomarse en consideración las particularidades regionales, antecedentes históricos y bagaje cultural.

Una de las últimas transformaciones en el plano institucional de los derechos humanos al interior de las Naciones Unidas, sucedió el 14 de diciembre de 2007, cuando el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución<sup>44</sup> en la que consideraba que la finalización del mandato del Grupo de Trabajo con la adopción de la declaración por la Asamblea General, no significaba el desconocimiento de los trabajos y esfuerzos relacionados con las cuestiones indígenas al interior del sistema de las Naciones Unidas, por lo que se estableció un “Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas” integrado por cinco expertos independientes que preferentemente serán indígenas<sup>45</sup>, con facultades para presentar propuestas ante el Consejo y presentar reportes anuales, que a su vez pueden colaborar con otras organizaciones del sistema de Naciones Unidas, regionales e incluso nacionales.

Recapitulando, la presencia de los pueblos indígenas ha sido persistente desde los inicios de la Organización de las Naciones Unidas y ha estado en constante desarrollo, desde su consideración pasiva como sujetos de discriminación y desventajas estructurales hasta el establecimiento de tres marcos institucionales creados específicamente para las enfrentar las realidades indígenas, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Relatoría Especial de Pueblos Indígenas. Lo que nos permite afirmar que las realidades indígenas al interior de las Naciones Unidas han sido constantes y, en ese sentido, no implican novedad alguna. La principal transformación comienza en la década de 1980 donde la participación activa de los pueblos indígenas permitió la valoración positiva de sus pretensiones morales, un nuevo entendimiento de los

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 173-176 y 179.

<sup>44</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Expert mechanism on the rights of indigenous peoples*, UN Doc. A/HRC/Res/6/36 de 14 de diciembre de 2007.

<sup>45</sup> *Ibidem*, § 3-4.

derechos humanos en los que su tendencia a la universalidad no implica una contradicción entre la abstracción individualista que se encuentra en sus orígenes históricos y el colectivismo particular de los pueblos indígenas<sup>46</sup>.

Sin embargo, la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en el régimen internacional de derechos humanos con base en el artículo 1º de la Declaración de forma indiscutible, significa nuevas relaciones con otros mecanismos convencionales al interior del sistema de Naciones Unidas y otras formas de recepción de la Declaración en los ordenamientos domésticos. Si bien dichas preguntas acerca del monitoreo e implementación de la Declaración son de vital importancia en la actualidad, la cuestión que debe responderse con anterioridad es (1) el papel o estatus internacional de la declaración y sus implicaciones para el sistema internacional de derechos humanos; y, (2) cuales son los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la declaración y, especialmente, si llega a existir alguna contradicción entre los derechos individuales reconocidos con anterioridad y los derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas que menciona la declaración que sin lugar a dudas es una novedad de dicho instrumento en el derecho internacional de los derechos humanos.

La reflexión sobre la Declaración y su contenido normativo, enmarcado en una teoría general de los derechos humanos, implicaría en responder si la concepción general de los derechos humanos puede ser de alguna utilidad para explicar la especialización de los derechos, esto es, si al hablar de los derechos *de* los pueblos indígenas nos estamos refiriendo a una serie de construcciones normativas completamente novedosas que relacionan un sujeto más o menos definido, los pueblos indígenas, con una pretensión oponible en contra de otro sujeto cualquiera, sea el Estado o cualquier otra entidad pública o privada, nacional o internacional. La anterior construcción relacional de los derechos humanos, asimismo, debe hacer frente a las pretensiones jurídicas y morales que se encuentran en los derechos humanos<sup>47</sup>, dilucidando si el trasfondo ético de las pretensiones de los pueblos indígenas son una visión diferente de los antecedentes liberales de los derechos humanos o si responden al mismo proyecto de ideas, es decir,

---

<sup>46</sup> Cfr. ETXEBERRIA, Xabier, “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”, en BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, op. cit., p. 63-83.

<sup>47</sup> ASÍS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas, 2001, p. 11-29.

si son reconciliables y en qué aspectos pueden existir complicaciones por los objetivos políticos de ciertos derechos atribuidos a los pueblos indígenas en la declaración.

## **I.2. Contenido de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

Al discutir respecto del contenido de la Declaración, es necesario mencionar la dificultad de hacer una lectura del texto de la declaración, las ideas y teorías que se encuentran en su transfondo, así como el desarrollo específico de la declaración, necesitan de ciertas texturas para reflejar las dificultades inherentes a todo texto.

La declaración cuenta con un preámbulo y 46 artículos elaborados con base a los principios ya mencionados que se acordaron en el Grupo de Trabajo al interior del Subcomité para Prevenir la Discriminación, destacando principalmente el énfasis dado desde el origen de los derechos de los pueblos indígenas en la década de 1970 a la igualdad y no discriminación. La declaración significa el primer acercamiento específico a los derechos de los pueblos indígenas como derechos humanos, sin que esto signifique un menoscabo en la importancia o funcionamiento de otros instrumentos convencionales como los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>48</sup>.

El preámbulo de la Declaración destaca el reconocimiento de la diversidad de los pueblos indígenas, una consideración y validación en los reclamos de distintos colectivos que se han articulado históricamente alrededor del mundo, idea también utilizada en las teorías multiculturales de política elaboradas a partir de la década de 1980. Sin embargo, el énfasis en estos aspectos no deja de ser paradójico en ciertos aspectos, específicamente por el lenguaje utilizado en el preámbulo, en el que se afirma que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas que constituyen el patrimonio común de la humanidad.

En nuestra opinión, es necesario hacer una breve referencia a los estudios antropológicos y sociales tal como configuraron el entendimiento de razas y cultura. El esclarecer un poco estas referencias nos permitirán entender con mayor claridad algunas de las

---

<sup>48</sup> Es importante mencionar que si bien el Convenio 107 ya no se encuentra abierto para su ratificación, sigue siendo aplicable para los países que no han ratificado el Convenio 169.

razones específicas que subyacen en la declaración de derechos de los pueblos indígenas.

Algunos historiadores han destacado las distintas acepciones de la cultura y la civilización. Dentro de la disciplina social y antropológica francesa, Lucien Febvre, dentro de un seminario sobre la civilización<sup>49</sup> analiza la utilización de la palabra a lo largo del pensamiento francés. En ese sentido, da ejemplos de referencias a una primera utilización del término *civilisation*, como término jurídico en el que se convertía en una cuestión civil una anteriormente considerada como criminal, dentro de los delitos privados. No fue sino hasta finales de la década de 1770 que el concepto pierde su connotación jurídica al conjugarse con las ideas de salvajismo y barbarie. En ese sentido, la civilización era el estadio superior, tanto espiritual como material, en el que se concebía la historia universal, mismo que se entendía como un vector desde el salvajismo a la civilización, pasando por la barbarie.

La idea de progreso material y moral que se configura en el primer pensamiento humanista ilustrado, se encuentra en estrecha relación con la idea de civilización; el refinamiento, avance intelectual y político eran los elementos que la configuraban, aunque en el plano epistemológico, se discutía sobre la posibilidad de conocimiento de ese proceso histórico, en el que la civilización se configuraba como camino y finalidad del proceso histórico. En ese sentido, la cultura y civilización iban de la mano en la promesa racionalista del progreso.

Otro notable historiador alemán, Norbert Elias, intentó trazar las relaciones entre el término alemán *kultur* y la *civilisation* francesa<sup>50</sup>. Las conclusiones de la primera parte de su estudio relacionan a la civilización francesa con la autoconsciencia de occidente, ajeno a los valores nacionales que se movía a la par de la historia y sin limitaciones territoriales. Por el contrario, *kultur* se refería a los elementos concretos colindantes con la identidad nacional, anclados en un momento y espacio determinado. Analizando la obra de Johann Gottfried von Herder, continúa Norbert Elias, pensador al cual atribuye la inclusión del término en el discurso moderno, establece que el concepto de *kultur*

---

<sup>49</sup> FEBVRE, Lucien, “Civilisation. Évolution d’un mot et d’un groupe d’idées”, *Civilisation. Le mot et l’idée*, Fondation “Pour la science”. Centre international de synthèse, Congreso del 20 al 25 de mayo de 1929, Québec, p. 10-59.

<sup>50</sup> Cfr. ELIAS, Norbert, *The civilizing process*, Londres: Blackwell publishing, 2000; en especial el primer volumen donde traza las relaciones entre los conceptos de *kultur*, alemán, y la *civilisation*, francesa.



puede ser nacional o personal, ambos entendidos como una cultivación tendiente a la perfección espiritual. En ese tenor, el concepto de *kultur* se configuró en tensión contra la *civilisation*; en ese sentido, se mencionaba que la élite germana francófila carecía de una verdadera «cultura», en tanto que dicho “código de honor” era ajeno al momento y espacio alemán.

Si bien las tensiones políticas entre Francia y los países germanos tienen una incidencia directa en la utilización de los conceptos de cultura y civilización, más allá de su uso ideológico, ambos conceptos tienen un valor analítico<sup>51</sup>. La «cultura», considerada conceptualmente, en Alemania fue influenciada por el idealismo y romanticismo, que alentaban a la configuración del orgullo nacional, mientras que el racionalismo ilustrado y materialismo científico subyacente en la civilización se alzaba como una amenaza al espíritu del pueblo, en otras palabras, contra su cultura.

Dentro de la tradición de pensamiento inglés, la obra de Raymond Williams<sup>52</sup> intenta delimitar la utilización del concepto de cultura como paralela del desarrollo literario inglés. En ese sentido, Williams marca como momento de recepción del término la Revolución Industrial. Momento histórico en el que las reflexiones académicas del concepto marcan una transformación y conceptualización, en el que la «cultura» hace su aparición junto con la industria, democracia, clase social y arte<sup>53</sup>. En ese sentido, Raymond Williams al analizar las reflexiones académicas de T.S. Eliot resalta que dentro de la concepción de «cultura», no puede dejarse de lado fenómenos concretos por considerarlos filisteos, sino que esa diversidad es constituyente de la cultura nacional. Para T.S. Eliot, si bien la civilización conlleva un proceso complejo, en el que se especializan los grupos sociales y el arte, se convierte en una expresión sofisticada, no ha existido ningún proceso moral, como pensaba el racionalismo ilustrado francés, e incluso integra dentro la cultura la religión y las artes<sup>54</sup>.

En el detallado análisis que elabora Raymond Williams, los intelectuales ingleses desarrollan un discurso nacional sobre la cultura que se distinguía del pensamiento alemán y francés. El pensamiento inglés no se refería específicamente a una cultura nacional, como era el caso alemán; así como tampoco se refería a valores universales,

---

<sup>51</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 3-4.

<sup>52</sup> Cfr. WILLIAMS, Raymond, *Culture and society, 1750-1950*, Nueva York: Anchor Books-Columbia University Press, 1960.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 3-140.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 243-260.

científicos y racionales franceses sino que la «cultura» inglesa se relacionaba con un campo tanto europeo como nacional, en el que se conjugaba la cultura alta, la cultura popular y el progreso material en una sociedad industrial<sup>55</sup>, en el que resalta la tradición pragmática del pensamiento inglés.

La breve referencia anterior, que sería imposible desarrollar a plenitud en este trabajo, resalta las relaciones entre la cultura y la civilización, indispensable para la mención, elaborada por Georg Lukács, de que no existen filosofías «inofensivas» o puramente académicas<sup>56</sup>, en las que la cultura, la evolución y las teorías de razas sirvieron de base «científica» para la transformación social de los pueblos indígenas: lo que comenzó como su clasificación, terminó con su sometimiento<sup>57</sup> y la condena explícita que se ha hecho en los últimos años sobre las mismas como científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas, busca la transformación de dicha situación. En la actualidad, la caducidad de las teorías de razas en su sentido pleno evolucionista y biológico, nos permiten afirmar que las razas como base «científica» no existen, mas el racismo sí. Somos conscientes de que “los orígenes históricos y la tenacidad de las relaciones «raciales» no pueden ser explicados en términos puramente racionales, materiales o de fuerzas estructurales”<sup>58</sup> sino que se encuentran en las estructuras sociales y las relaciones individuales, así como entre las relaciones entre ambas.

Es justamente este punto, el racismo no como una abstracción o teoría académica sino como una realidad social lo que han permitido que la consideración positiva de los derechos de los pueblos indígenas, resaltando el papel instrumental del derecho en tanto límites de la conducta, límites para la reconversión de las circunstancias que han sucedido históricamente, es decir, entender el derecho como una actividad *para* Ø y no una actividad *contra* Ø<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 283-302 y 314-350.

<sup>56</sup> LUKÁCS, Georg, *El asalto a la razón: la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, trad. de Wenceslao Roces, México: Fondo de Cultura Económica, 1959.

<sup>57</sup> Sobre una mirada general de la historia de la antropología, así como el desarrollo de sus bases espirituales y materiales; Cfr. STOCKING, George W. Jr., *Race, culture, and evolution: essays in the history of anthropology*, Chicago: The University of Chicago-Palgrave MacMillan, 1982.

<sup>58</sup> BOBO, Lawrence D., “Prejudice as group position: microfoundations of a sociological approach to racism and race relations”, *Journal of Social Studies*, vol. 55, núm. 3, 1999, p. 453.

<sup>59</sup> Idea parecida a la sostenida en CLAVERO, Bartolomé, “Cultural supremacy, domestic constitutions, and the Declaration on the rights of indigenous peoples”, en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work...*, op. cit., p. 344 y ss.

El reconocimiento de las circunstancias anteriores, que permiten el establecimiento de los derechos y de ciertas características de los pueblos indígenas, intentan transformar la construcción de lo público *por* todos, diferente a la construcción por algunos *para* todos.

Los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales que contribuyen al desarrollo sostenible –párrafo 11 del preámbulo–, la desmilitarización de sus tierras y territorios –párrafo 12 del preámbulo–, reconociendo la importancia en la formación, educación y bienestar de sus familias –párrafo 13 del preámbulo–, son elementos específicamente políticos, económicos y sociales que se articulan con la libre determinación, este último que sin lugar a dudas se encuentra como trasfondo o “principio fundacional”<sup>60</sup> de los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, tanto en el preámbulo como en el articulado de la declaración se resalta la complementariedad entre los derechos humanos individuales y colectivos, con el énfasis en la vida libre de discriminación individual, que se debe conjugar con los derechos colectivos establecidos en la declaración por ser considerados indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral<sup>61</sup>. En este apartado, sin embargo, nos limitaremos a cuestiones descriptivas de la declaración, es decir, a entender el contenido general de la declaración para poder después dilucidar si los contenidos tal como han sido plasmados pueden ser entendidos en la teoría actual de los derechos humanos, es decir, sus implicaciones normativas en lo referente a teorías de los derechos individuales y colectivos. Lo anterior, especialmente porque al hacer referencia a derechos colectivos parece que hacemos referencia a su titular, lo que conlleva diversas implicaciones ético-jurídicas sobre las entidades colectivas a las que se les atribuyen derechos que desarrollaremos más adelante.

Para poder analizar de forma general el contenido de la declaración, los agruparemos en distintos bloques que fueron enfatizados por los pueblos indígenas durante las largas negociaciones como los más importantes dentro de sus reclamos, como los relacionados con las tierras y el territorio, derechos políticos, culturales, económicos y sociales.

---

<sup>60</sup> ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 135 y ss.

<sup>61</sup> OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos...*, op. cit., p. 603.

Los reclamos territoriales, uno de los temas principales elaborados a raíz del discurso de «colonialismo interno», especialmente por pueblos indígenas en el contexto americano, se establece en el artículo 10 de la Declaración el derecho a no ser movidos forzosamente de sus tierras y territorios, así como el derecho a la consulta libre, previa e informada en caso de relocación después de acordar una compensación justa, en su caso, y con la opción de regreso cuando sea posible.

Las otras referencias más importantes en materia de tierras y territorios, las encontramos en los artículos 25 a 30. En el primero de estos artículos, se hace referencia a la importante relación espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, aguas, mares costeros y otros recursos naturales que tradicionalmente han utilizado, recordando las responsabilidades que tienen para con las generaciones venideras. El artículo 25 se relaciona directamente con el artículo 26, si bien el primero de estos hace énfasis en la relación espiritual de los pueblos indígenas con su entorno, el segundo artículo que mencionamos cambia el énfasis a un aspecto jurídico y no necesariamente espiritual, al hacer referencia explícita al derecho sobre sus tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente hayan poseído, ocupado, utilizado o adquirido, estableciendo para los Estados la obligación de reconocer y proteger dichas tierras, territorios y recursos, así como los sistemas de tenencia de la tierra que utilicen los pueblos indígenas. El artículo 26 establece la cuestión central en lo relativo a las tierras, territorios y recursos que se desarrolla en los artículos que le siguen.

La relación entre el Estado y los pueblos indígenas en el artículo 26, es desarrollada en el artículo siguiente, mencionando que se establecerá e implementará un proceso equitativo, independiente, abierto y transparente para reconocer los diversos sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas y así poder reconocer y adjudicar los derechos pertinentes para esos efectos, resaltando que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en dicho proceso.

La evolución contemporánea de las reparaciones en derechos humanos como requisitos de justicia<sup>62</sup> es claro en el artículo 28 –que también desarrolla el artículo 26–, que establece un derecho a la reparación, sea mediante la *restitutio in integrum* cuando sea posible o la indemnización justa y equitativa por las tierras, territorios y recursos que

---

<sup>62</sup> GRIEFF, Pablo de, “Justice and reparations” en GRIEFF, Pablo de (ed.), *The handbook of reparations*, Oxford: Oxford University Press-The International Center for Transitional Justice, 2006, versión Kindle.

hayan sido tomados sin su consentimiento libre, previo e informado; resaltando que tiene preeminencia la reparación en tierras, territorios y recursos de igual calidad y extensión sobre la indemnización monetaria. Las medidas de reparación fueron establecidas para reestablecer condiciones de vida digna negadas históricamente a la mayoría de los pueblos indígenas alrededor del mundo.

El siguiente punto establecido en el artículo 29 y relacionado con los reclamos territoriales se relaciona con la conservación del medio ambiente, resaltando que la relación espiritual que tienen la mayoría de los pueblos con su entorno hacen necesaria esta provisión. Si bien el artículo establece la obligación principal para la conservación del medio ambiente recae únicamente en el Estado, estableciendo planes y programas de actuación estatal para esos efectos, la lectura debe hacerse en relación con el artículo 26 que establece los puntos principales del aspecto territorial de los pueblos indígenas.

El artículo 30 sobre actividades militares en las tierras o territorios indígenas, que mencionamos brevemente en el apartado anterior, establece que cualquier actividad militar debe estar justificada en razón de interés público pertinente o por solicitud de los pueblos indígenas.

El último artículo que trata directamente con la cuestión de tierras y territorios indígenas es el 32, se relaciona con uno de los puntos discutidos desde la irrupción de los pueblos indígenas en la Organización de las Naciones Unidas, esto es, el autodesarrollo y el impacto de proyectos realizados por agentes externos en sus territorios. Este artículo otorga el derecho a los pueblos indígenas de determinar y elaborar los planes de acción que consideren pertinentes en el desarrollo y utilización de sus tierras, territorios y recursos naturales. Este derecho, ampliamente discutido en las negociaciones de la declaración, terminó por establecer la cooperación necesaria bajo los principios de buena fe y consentimiento libre previo e informado entre el Estado y los pueblos indígenas, en el que también existe un derecho a la reparación justa cuando lleguen a existir consecuencias nocivas de los proyectos.

El segundo apartado de derechos contenidos en la declaración son de contenido político, ocupando gran parte del articulado de la misma y que, sin lugar a dudas, son los derechos que han implicado mayor discusión tanto en el plano académico como político nacional e internacional. Los artículos 3 a 6, 9, 18 a 20, 33, 34, 36 y 40 establecen el nuevo marco político de participación de los pueblos indígenas. Si bien más adelante

desarrollaremos a fondo las implicaciones del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas –artículo 3º–, así como sus relaciones con el autogobierno –artículo 4º–, el derecho a mantener sus instituciones políticas, económicas, jurídicas, sociales y culturales conjuntamente con la participación en la vida general del Estado si así lo desean –artículo 5º– y a tener una nacionalidad –artículo 6º–, podemos adelantar que en el general de estos artículos buscan el reconocer a los pueblos indígenas como sujetos colectivos con derecho a una identidad propia acorde a sus tradiciones sin que esto implique un hecho en contra de los derechos humanos reconocidos y a la estabilidad política de los diferentes Estados.

Otro derecho político primordial para los pueblos indígenas es el derecho a la consulta, participación y consentimiento libre, previo e informado. Este derecho y su correlativa obligación para los Estados es transversal a todos los derechos establecidos en la Declaración, ya que implica que toda decisión gubernamental que pudiera afectar a los pueblos indígenas o sus derechos reconocidos a la tierra, territorio y recursos debe contar necesariamente con su aquiescencia, libre de toda manipulación o mala fe, como lo establecen los artículos 18, 19 y 38.

El compromiso político y las consecuencias jurídicas que resultan necesariamente de la declaración en el marco del régimen internacional de los derechos humanos se ve reflejado en el artículo 38 y 41 en donde se establece que los Estados adoptarán las medidas necesarias en los ordenamientos jurídicos locales para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, además de garantizar su aplicación en el marco de las garantías institucionales que constituyen las Naciones Unidas y todos los órganos que la componen.

Asimismo, otra novedad que presenta la Declaración está relacionada con los sistemas jurídicos ancestrales de los pueblos indígenas, base necesaria para el ejercicio de su derecho a la libre determinación y autogobierno, en tanto que permite la autorregulación y la resolución de conflictos internos asignando responsabilidad individual al interior de las comunidades sin menoscabar los derechos humanos reconocidos universalmente. Sin lugar a dudas, la idea de un pluralismo jurídico parece contradecir ciertos aspectos jurídicos delineados en la Modernidad, lo que invita a la consideración sociológica del

derecho<sup>63</sup>, específicamente en los ordenamientos jurídicos estatales aunque la declaración parece establecer ciertos elementos de cooperación e interacción entre ambos tipos de instituciones jurídicas.

Como último derecho político contenido en la declaración tenemos al derecho de mantener contactos entre los pueblos indígenas transfronterizos, reconociendo su derecho a la identidad, a las nacionalidades indígenas e integridad colectiva de los pueblos indígenas que por ciertas circunstancias históricas han sido divididos por los límites fronterizos estatales reconocidos internacionalmente.

La penúltima categoría de derechos establecidos en la declaración son los derechos culturales. Si bien los estudios académicos desde la década de 1980 a la fecha en lo concerniente al multiculturalismo como opción política tienen incidencia directa en la conformación de las identidades y los medios de protección, la declaración articula dichas pretensiones bajo la premisa de no discriminación, que en este sentido implicaría la prohibición de toda forma de asimilacionismo.

El artículo 8º establece las bases para poder vivir en la forma tradicional, lo que implicaría el respeto a sus creencias religiosas o prácticas sociales. Si bien los derechos a la tierra y el territorio son parte de la base material para evitar la asimilación de los pueblos indígenas en el general de la vida social de los Estados, se pone especial atención en evitar el traslado forzoso de población o cualquier acto o propaganda que pueda incitar la discriminación contra los pueblos indígenas. El menosprecio sufrido por la ridiculización, comercialización y aprovechamiento indebido de los pueblos indígenas intenta ser reivindicado al interior de los Estados, a través de ciertas construcciones políticas que ayuden a asentar la democracia plural y la protección de los derechos humanos. La diversidad cultural propia de los pueblos indígenas al interior del Estado, aunado a la vida libre de discriminación, implica que el Estado tiene la obligación de reflejar debidamente en la educación e información pública las realidades indígenas, como lo menciona el artículo 15.

La protección establecida en los artículos 11, 12 y 13 a favor de los pueblos indígenas para que les permitan mantener o reivindicar los lugares históricos relacionados con sus

---

<sup>63</sup> Cfr. CORREAS, Óscar, “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, *Crítica jurídica: Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 14, 1995, p. 15-31.

ceremonias religiosas y manifestaciones artísticas, así como las de índole político toman una nueva dimensión con esta protección, estableciendo la cooperación con el Estado para recuperar dichos sitios y elementos en cualquier lugar que se encuentren.

Los derechos culturales previstos en la declaración vienen a hacer frente a ciertas circunstancias sociales que han imposibilitado la participación pública de los pueblos indígenas, inclusive considerando la utilización de sus lenguas en el artículo 13, es necesario considerar que nunca ha existido una práctica generalizada al interior de los Estados para permitir que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender, sea por voz propia o con servicios de interpretación<sup>64</sup>.

La propia voz de las realidades indígenas, libres de la discriminación y prejuicios que sojuzgaron históricamente a la mayoría de los pueblos indígenas, que intenta establecerse en la declaración, necesitaba del control de las instituciones y sistemas educativos propios, en su propia lengua y con respeto a sus métodos de aprendizaje, como lo menciona el artículo 14.

Otro punto relevante de los artículos 13, 14 y 16 es lo referente a las lenguas indígenas. Hay existido críticas desde estudios sociolingüísticos al respecto, normalmente centrándose en que el lenguaje es imposible resistir cierto cambio o «modernización» del mismo, que el lenguaje no implica de ninguna manera un punto esencial para la identidad minoritaria o de los pueblos indígenas, así como las consecuencias que puede llegar a tener la insistencia en persistir en una lengua que tiene un uso muy limitado<sup>65</sup>. Sin embargo, uno de los principales aspectos a resaltar contenidos en la declaración es que, más allá de los aspectos estrictamente sociales y lingüísticos, es necesario completar dichos aspectos con los elementos políticos e históricos que rodearon a los pueblos indígenas. Sin lugar a dudas, la posibilidad de comunicación en el intercambio y diseminación de información en la construcción de la esfera pública revierte una circunstancia que había sido ampliamente negada a los pueblos indígenas.

El último apartado de derechos de los pueblos indígenas, es necesario mencionar a los derechos económicos y sociales de los artículos 21 a 24. El artículo 24 establece el

---

<sup>64</sup> Sobre un análisis al derecho a la libre expresión como requisito previo, en una de sus manifestaciones, y como expresión en la construcción de la esfera pública; Cfr. LYOTARD, François, "The other's rights", en SHUTE, Stephen y HURLEY, Susan (eds.), *On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York: Basic Books, 1993, p. 135-147.

<sup>65</sup> MAY, Stephen, "Language rights: moving the debate forward", *Journal of sociolinguistics*, vol. 9, núm. 3, 2005, p. 320 y ss. (319-347)



derecho de los pueblos indígenas a la utilización de las medicinas tradicionales, así como garantizar todos los servicios sociales y de salud, lo que implica necesariamente cierto reconocimiento de las personas que poseen el conocimiento de las prácticas medicinales para permitir el ejercicio. Los otros artículos, establecer el derecho de los pueblos indígenas para mejorar sus situaciones económicas y sociales, lo que incluiría la educación, vivienda, saneamiento, salud y seguridad social, entre otros, prestando especial atención a la situación que viven los ancianos, mujeres, niños y personas con discapacidad.

La protección laboral, establecida en los Convenios 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es reforzada en la declaración, con miras a evitar toda explotación económica, además del especial énfasis en los derechos de los niños en los artículos 14, 17, 21 y 25.

Hasta ahora, hemos intentado exponer sistemáticamente el contenido de la declaración dividiéndola en cuatro apartados, más o menos identificables, como lo son los derechos sobre las tierras y territoriales, políticos, culturales, así como económicos y sociales que fueron ampliamente discutidos en los distintos borradores de la declaración y que terminaron siendo aceptados en la Asamblea General para septiembre de 2007. Sin embargo, aunque hemos resaltado ciertos elementos de la declaración en el plano jurídico internacional que resaltan su papel especial, un primer punto necesario para la reflexión de los derechos de los pueblos indígenas, es necesario el análisis estrictamente centrado en los derechos.

Los diferentes análisis que se han escrito sobre los derechos contenidos en la declaración como uno de los principales instrumentos de protección internacional de los pueblos indígenas, se tienen que enfrentar con aspectos relacionados con la teoría de los derechos aunque en los diferentes estudios se ha llegado a conclusiones completamente diferentes, desde la consideración que la Declaración “no establece ningún nuevo derecho o libertad que no existiera bajo otro instrumento de derechos humanos de las Naciones Unidas”<sup>66</sup> sino sólo los contextualiza para los pueblos indígenas, o la posición que mantiene que la declaración establece derechos individuales genéricos, individuales

---

<sup>66</sup> STAVENHAGUEN, Rodolfo, “Making the declaration work”, en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work...*, op. cit., p. 355; en un sentido parecido TRASK, Mililani B., “Afterword: implementing the declaration”, op. cit., p. 328.

específicos y colectivos para los pueblos indígenas y sus integrantes<sup>67</sup>, o que se pueden distinguir derechos individuales, colectivos y derechos colectivos específicamente creados para los indígenas<sup>68</sup>.

La principal interrogante radica en el intentar reconciliar los derechos humanos individuales con los derechos colectivos establecidos, especialmente nos enfrentamos ante los problemas de identificar una colectividad o comunidad como titular de derechos evitando un acercamiento que pudiera «cosificar» a la comunidades, esto es, entender a las comunidades entes con sustancia propia más allá de las formas sociales de relación<sup>69</sup>, entendiendo que los pueblos indígenas no son comunidades perfectas sin disenso individual o grupal en su interior ni problemas internos, sino que el objetivo es el exponer las cosas en su justa proporción sin que esto implique la erosión de los derechos alcanzados en la declaración.

Además, es necesario mencionar que la necesidad de poder indicar ciertos elementos generales de los derechos colectivos tiene una repercusión clara con las interacciones que se establecieron en la declaración en su artículo 1º, 42 y 46, en el entendido que los pueblos indígenas gozan de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, tanto como colectivos y como individuos acorde al artículo 1º de la declaración, la promoción de la aplicación por las organizaciones internacionales como por los Estados en su artículo 42, y las limitaciones a los derechos establecidas en el artículo 46, a saber, que no se entiende que la declaración autorice o permita cualquier atentado contra la integridad territorial y unidad política de los Estados, que los derechos colectivos establecidos en la declaración no pueden menoscabar de ninguna manera los derechos humanos reconocidos internacionalmente y que sólo podrán ser limitados sobre la base de la no discriminación y del respeto de las libertades y derechos de otros.

Los artículos 1º, 42 y 46 de la declaración han tenido incidencia directa en la conformación de las agencias especializadas de la Organización de las Naciones Unidas, tal como lo demuestra que el Foro Permanente para Cuestiones Indígenas en su

---

<sup>67</sup> El profesor Daniel Oliva hace un análisis general de los derechos existentes en el plano internacional de los derechos indígenas aunque dicha clasificación bien puede servir para el análisis específico de la declaración; OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos...*, op. cit., p. 749-754.

<sup>68</sup> SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle, "Treaties, peoplehood, and self-determination: understanding the language of indigenous rights", en PULITANO, Elvira (ed.), *Indigenous rights in the age of the UN declaration*, Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2012, p. 68 y ss.

<sup>69</sup> YOUNG, Iris Marion, *Justice and the politics of difference*, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 44.

octavo periodo de sesiones del año de 2009 aprobó ciertas modificaciones en su mandato para adaptarlo a los contenidos de la Declaración, en donde se hizo mención expresa al carácter especial de la Declaración en la que acorde al artículo 38 se invitaba a los Estados a enviar información sustancial sobre la implementación de la Declaración, además de recomendar a los cuerpos convencionales el tomar en cuenta la Declaración e incluir información en los exámenes periódicos universales ante el Consejo de Derechos Humanos<sup>70</sup>.

Si bien han existido intentos de sistematizar el entendimiento del derecho de los pueblos indígenas, incluso hablando de la posibilidad de una “teoría legal indígena”<sup>71</sup>, en este trabajo no entraremos de lleno al entendimiento que se han elaborado y que se pueden elaborar del Derecho desde una perspectiva de los pueblos indígenas sino que nos centramos en el plano general de dilucidar y establecer de la manera más clara posible los aspectos básicos de los derechos de los pueblos indígenas desde una teoría de los derechos.

## **II. Estatus jurídico de la Declaración. Primeros acercamientos.**

El punto de partida para la consideración de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” en el marco de la teoría jurídica de los derechos humanos necesariamente debe dar cuenta de la relación sinuosa, llena de argumentos y contraargumentos, que se refieren a la validez u obligatoriedad de una declaración de derechos y al papel que desarrolla en el plano jurídico internacional.

En 1945, el profesor en derecho internacional y posteriormente juez de la Corte Internacional de Justicia, Hersch Lauterpacht, escribió que cualquier intento de traducir la idea de una declaración internacional de los derechos del hombre en una regla efectiva de derecho se encuentra ante dificultades que perturban el pensamiento jurídico ortodoxo al punto de un absoluto desaliento<sup>72</sup>, si bien el enfoque de inicio parece un poco pesimista, lo que buscaba era enfatizar los desafíos ante los cuales se enfrentaba la comunidad internacional de su época. No hay dudas que las cuestiones y

---

<sup>70</sup> Foro Permanente para Cuestiones Indígenas, *Report on the eighth session (18-29 May 2009)*, UN Doc. E/C.19/2009/14, § 82 y ss.

<sup>71</sup> CHRISTIE, Gordon, “Indigenous legal theory: some initial considerations”, en RICHARDSON, Benjamin J., IMAI, Shin y McNEIL, Kent (eds.), *Indigenous peoples and the law: comparative and critical perspectives*, Portland, Oregon: Hart Publishing-Osgoode Readers, 2009, p. 195 y ss.

<sup>72</sup> LAUTERPACHT, Hersch y SANDS, Philippe (introducción), *An international bill of the rights of man*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 9.

preocupaciones del derecho internacional de los derechos humanos han evolucionado y desarrollado desde 1945 a la fecha, aunque las relaciones, la validez y obligatoriedad-legitimidad de dicha rama del derecho internacional y su régimen de derechos humanos se mantiene en cierta incertidumbre.

En 1946 la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos fue instituida con el objeto de formular una Carta Internacional de Derechos, incluso antes de la creación de la Comisión, el término de «derechos humanos» era utilizado como arma ideológica entre las potencias del este y del oeste en el periodo justamente posterior a la Segunda Guerra Mundial<sup>73</sup>, lo que generaba tensiones aun mayores para la formulación de la Carta. Después de muchas sesiones de la Comisión el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por cuarenta y ocho Estados en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Si bien no hubo ningún voto disidente, es importante notar que hubo ocho abstenciones y se remarcó el carácter de la declaración como estándar común logrado para todos los pueblos y todas las naciones, sin que esta constituyera una “declaración de derecho ni obligaciones legales”. En este respecto, Moskowitz señala que la atención dada a la ausencia de «fuerza legal» de la Declaración parecía ser un elemento necesario para la adopción de la Declaración por los iniciales cuarenta y ocho Estados<sup>74</sup>.

La Declaración Universal de Derechos Humanos misma se ha encontrado en una constante discusión acerca de su «naturaleza» jurídica, desde su adopción hasta la fecha, en las que han destacado tres posiciones principales, a saber, como interpretación auténtica de la Carta de las Naciones Unidas, como derecho internacional consuetudinario y como expresión de principios generales del derecho<sup>75</sup>. La apreciación de la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sido diversa, desde considerarla como “declaraciones meramente programáticas, no estrictamente vinculantes”, –que han dado lugar a– “convenciones, [...] que establecen, como labor de sus signatarios, el deber de respetar todos los derechos convencionales reconocidos, más allá de su reconocimiento escrito en las convenciones, como obligaciones *erga omnes* y, según

---

<sup>73</sup> LAUREN, Paul Gordon, *The evolution of international human rights: visions seen*, 3ª ed., Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2011, p. 228.

<sup>74</sup> MOSKOWITZ, Moses, *Human rights and the world order*, Londres: Stevens & Sons, 1959, p. 79 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. ORAÁ ORAÁ, Jaime, “The universal declaration of human rights” en GÓMEZ ISA, Felipe y FEYTER, Koen de (eds.), *International protection of human rights: achievements and challenges*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 73-134.

parte de la doctrina, como *ius cogens*”<sup>76</sup>. Asimismo, otros han destacado el papel orientativo de la Declaración, tanto en forma funcional como material<sup>77</sup>, el primer papel hace referencia al hecho de que los derechos humanos pasan a ser un cometido internacional de la comunidad internacional y el segundo implica que los ideales contenidos en la declaración deben ser adoptados por los ordenamientos jurídicos domésticos<sup>78</sup>.

En este tenor, la idea de que el derecho internacional constituye un ordenamiento jurídico interestatal por tener como principal destinatario de la norma a los Estados y porque son éstos los actores principales en la creación del derecho conlleva otros problemas, específicamente, el papel y contenido del principio del consenso que fundamenta la auto-vinculación de los Estados, doctrina que ha sido criticada y modificada a lo largo del último siglo<sup>79</sup> para afrontar específicamente situaciones en las que se busca que las reglas del derecho internacional canalicen las decisiones políticas y excluyan otras opciones por considerarlas contrarias al derecho internacional. Lo anterior parece derivar en una oscilación cíclica entre posiciones estrictamente normativistas y *ius naturalistas* del derecho internacional, entre el énfasis en el consentimiento para la creación de derechos y de obligaciones y un plano objetivo de principios legales, así como entre visiones «estatalistas» y comunitarias de la comunidad internacional.

Pocos abogados hoy en día negarían el hecho de que la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha convertido en un instrumento normativo que crea obligaciones a los Estados miembros de las Naciones Unidas. Sin embargo, la controversia actual radica en saber si el “proceso de interpretación a la cual ha sido sujeta la declaración es vinculante jurídicamente y si todos los derechos proclamados en la declaración son vinculantes de igual manera para todos los Estados”<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> RAINER, Arnold, “La Declaración Universal de Derechos Humanos y su importancia para el desarrollo de la cultura del derecho”, en BALADO, Manuel y GARCÍA REGUEIRO, J. Antonio (dirs.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Barcelona: Editorial Bosch-Centro Internacional de Estudios Políticos, 1998, p. 60.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>78</sup> *Idem*.

<sup>79</sup> Cfr. TOMUSCHAT, Christian, “Obligations arising for states without or against their will”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff, vol. 241, 1993, p. 241-274.

<sup>80</sup> ORAÁ ORAÁ, Jaime, “The universal declaration of human rights”, op. cit., p. 119.

Las diversas clasificaciones de la declaración universal, ya sea su utilización en innumerables resoluciones y recomendaciones de los organismos de las Naciones Unidas, incluida la Corte Internacional de Justicia, considerando que “su invocación es justificable en tanto la existencia de obligaciones de los Estados de acuerdo con el derecho internacional general [...] [ya que] la declaración establece una serie de principios fundamentales por dicho derecho general”<sup>81</sup>, en ese entendido, la declaración universal constituiría una interpretación auténtica de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque la anterior interpretación de la Declaración Universal parece obviar que dicho instrumento era una novedad en su época, la primera incursión del derecho internacional en el plano de los derechos humanos, aunado a la consideración de la entrada en vigor de los dos pactos internacionales de derechos, mismos que fueron adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y que no entraron en vigor sino hasta la trigésima quinta ratificación en los primeros meses de 1976. Dicho periodo de diez años significó que de 1948 a 1976, la Declaración Universal de Derechos Humanos fuera utilizada como el principal instrumento que mostraba el entendimiento general de la comunidad internacional acerca de los derechos humanos<sup>82</sup>, posición que parece confirmarse al considerar la *opinio iuris* de los Estados contenidas en la Proclamación de Teherán de 1968, el Acta Final de Helsinki de 1975 y la Declaración Final de Viena de 1993, así como la eventual constitucionalización de ciertos derechos fundamentales inspirándose en la declaración universal. Asimismo, la consideración de la declaración universal como principios generales de derecho normalmente aceptados, significaría que los ideales de la Carta de las Naciones Unidas y la «promoción» de los derechos humanos han sido aceptados y desarrollados en la declaración universal, donde la costumbre internacional y los mencionados principios generales parecen coincidir como «fuentes» formales de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El papel que tienen las declaraciones de derechos, ya sea consideradas como instrumentos interpretativos, como derecho consuetudinario o como principios generales del derecho al interior del derecho internacional no es del todo claro y dichas clasificaciones parecen responder principalmente a la forma en la que dicha declaración puede ser considerada como legítima u obligatoria de acuerdo con el derecho

---

<sup>81</sup> RODLEY, Nigel S., “Human rights and humanitarian intervention: the case-law of the world court”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 38, núm. 2, abril de 1989, p. 321-326.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 122.

internacional, lo que parece responder a la búsqueda de un cierto tipo de «desvelamiento» final del sentido o significado de cierta proposición normativa.

La distinción entre *hard law* y *soft law* es una distinción doctrinal –aunque ciertos autores la califican de legal<sup>83</sup>– con una aceptación bastante generalizada en el derecho internacional, donde el primero implica una lista de «fuentes» jurídicas vinculantes limitada a los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y a los principios generales del derecho, lista que difiere de las declaraciones de derechos y otros instrumentos políticos, en tanto que estos últimos pertenecen al *soft law* y, por lo tanto, sólo son aplicables según la «voluntad» de los Estados y otros operadores jurídicos relevantes en el plano internacional, entendiendo que pueden ser descartados si no beneficia a los intereses de estos.

En este sentido, reflexionando sobre la Declaración Universal es necesario destacar que es el uso de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas lo que determinará en gran medida el futuro de la misma, ya sea en el considerarla como un estándar de referencia sobre los derechos de los pueblos indígenas, una guía para su aplicación o simplemente un documento que refleja buenas intenciones con pocas consecuencias prácticas.

Por ejemplo, el camino que han tenido los derechos de las personas con discapacidad que comenzó con resoluciones adoptadas por la Asamblea General, así como por el Consejo Económico y Social desde la década de 1950 en adelante, tratando principalmente cuestiones de prevención y rehabilitación para las personas con discapacidad. El enfoque de cuidado a un acercamiento basado en derechos cambió para principios de 1970, ya que en 1971 la Asamblea General adoptó una resolución conteniendo la “Declaración de derechos de personas mentalmente retardadas”<sup>84</sup>, lo que abrió la discusión y posibilitó la eventual “Declaración de derechos de las personas con

---

<sup>83</sup> Luis Rodríguez-Piñero se refiere a dicha distinción como «legal» en un estudio referente a la Declaración sobre los derechos de pueblos indígenas aunque a nuestro parecer, como veremos más adelante, responde al entendimiento doctrinal de cierta clasificación legal, Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, “«When appropriate»: monitoring/implementing of indigenous peoples’ rights under the declaration”, en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work...*, op. cit., p. 315

<sup>84</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los derechos de las personas mentalmente retardadas*, vigésimo sexto periodo de sesiones, A/RES/2856 de 20 de diciembre de 1971.

discapacidad”<sup>85</sup> que marcó y delimitó los derechos atribuibles a las personas con discapacidad y para su completa participación e igualdad.

El enfoque basado en derechos, mantenido en programas globales, lineamientos y estudios especializados<sup>86</sup>, si bien las discusiones al respecto han sido intermitentes a lo largo de los últimos veinticinco años<sup>87</sup> terminó con la adopción de la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” el 13 de diciembre de 2006. La traducción de las declaraciones mencionadas a una convención internacional, es decir, el paso del *soft law* al *hard law* parece ser una cuestión de contexto más que una disyuntiva real al respecto, aunque más adelante comentaremos esta cuestión a detalle.

En este tenor, resulta preclaro que la situación ha cambiado desde la opinión de Hersch Lauterpacht de 1945 respecto una declaración internacional de los derechos del hombre, misma que según él ponía en entredicho el pensamiento ortodoxo del derecho internacional, aunque al reflexionar y estudiar la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” parece que la primera impresión del documento es que es un instrumento internacional que incluye un rango completo de derechos civiles, políticos, económicos, culturales y ambientales reconocidos a los pueblos indígenas como inherentes a su identidad; además de desarrollar los derechos, la declaración impone obligaciones a los Estados, a organizaciones internacionales y a organizaciones regionales de derechos humanos<sup>88</sup>.

La declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas ha sido utilizada en diversos procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo uno de dichos primeros casos el del “Pueblo Saramaka vs. Surinam”<sup>89</sup> donde se utilizó la declaración como instrumento para la interpretación de las implicaciones del consentimiento libre,

---

<sup>85</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los derechos de las personas con discapacidad*, trigésimo periodo de sesiones, A/RES/3447 de 9 de diciembre de 1975.

<sup>86</sup> Sobre una breve mención de dichos programas, estudios, mecanismos de expertos y evolución de los derechos de las personas con discapacidad, Cfr. QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia, *Human rights and disability: the current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, Ginebra: United Nations Publication, 2002, p. 33 y ss.

<sup>87</sup> Cfr. KAYESS, Rosemary y FRENCH, Philip, “Out of darkness into light? Introducing the Convention on the rights of persons with disabilities”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 1, enero de 2008, p. 1-34.

<sup>88</sup> CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo, “The UN declaration on the rights of indigenous peoples: how it came to be and what it heralds”, op. cit., p. 13.

<sup>89</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Serie C núm. 172, de 28 de noviembre de 2007.



previo e informado respecto de la propiedad comunal del pueblo Saramaka<sup>90</sup>. En el sistema africano de derechos humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dictó una resolución dentro de un procedimiento consultivo sobre la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>91</sup>, recomendando su promoción y difusión del contenido para consolidar un consenso de la comunidad internacional al respecto. La posición de la Comisión Africana después permitió la resolución del primer caso sobre tierras y territorios de los pueblos indígenas en África, en el caso del pueblo Endorois y la desposesión sufrida por la creación de una Reserva natural en el lago Bogoria<sup>92</sup>.

En los contextos estatales, el artículo 42 de la declaración que menciona la obligación de los Estados de establecer los medios necesarios para cumplir con las provisiones de la declaración ha sido tomada en cuenta principalmente en Bolivia, donde la promulgación de la nueva constitución el 7 de febrero de 2009 que buscaba establecer un nuevo Estado plurinacional unitario, social y económicamente, además de un socialismo comunitario<sup>93</sup>, estableció el contexto constitucional que después llevaría a la adopción de la Ley número 3760<sup>94</sup>, misma que incorporó íntegramente la declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas a la legislación doméstica. En otros casos en Latinoamérica la utilización de la declaración no ha sido a través de medidas legislativas sino a través de sentencias constitucionales; como es el caso de Belice<sup>95</sup> donde se utilizó la declaración respecto de los reclamos territoriales de pueblos mayas, mencionando que la declaración contiene “principios generales de derecho internacional”<sup>96</sup> y que al haber votado Belice a favor de la declaración se podía utilizar el artículo 26 de la declaración en lo que concernía a los derechos sobre la tierra y territorios de los pueblos indígenas<sup>97</sup>.

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, § 131.

<sup>91</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Advisory opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples*, cuadragésimo primer periodo de sesiones en Accra, Ghana, mayo de 2007.

<sup>92</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Groups (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya*, 276/03 cuadragésimo sexto periodo de sesiones, de 25 de noviembre de 2009.

<sup>93</sup> SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz: CLACSO-Plural Editores-CEJIS-IWGIA, 2012, p. 509-511.

<sup>94</sup> Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley número 3760 de 7 de noviembre de 2007.

<sup>95</sup> Corte Suprema de Belice, *Aurelio Cal et al. v. Attorney General of Belize et al.*, Reclamos núm. 171 y 172 de 2007 de 18 de octubre de 2007.

<sup>96</sup> *Ibidem*, § 131.

<sup>97</sup> *Idem*.

Las diversas posiciones que hemos mencionado en este apartado parece indicarnos que no existe un consenso general sobre la legitimidad de las declaraciones de derechos en el sistema universal de derechos humanos y su aplicación, tanto en los sistemas regionales de derechos humanos como en el plano doméstico de los diversos Estados es particular y sin grandes perspectivas de poder sacar conclusiones generales al respecto. Los cambios dentro de las posiciones del derecho internacional ha provocado otras tensiones de lo que tradicionalmente se entendía como derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior, particularmente, por la idea comprendida de forma general de que los derechos humanos vienen a proclamar y constituir ciertas garantías fundamentales para los individuos al interior del Estado y de sus contextos sociales mientras que el derecho internacional público tiene como inicio el “modelo westfaliano de la soberanía”<sup>98</sup>, la no intervención y la reciprocidad. Considerando lo anterior, la principal interrogante radica en las implicaciones del derecho internacional como marco de elaboración del derecho internacional de los derechos humanos<sup>99</sup>, en el entendido que los derechos humanos no parece posible caracterizarlos como “políticamente neutrales”<sup>100</sup> y que de manera fortuita otorgan la titularidad de ciertos derechos<sup>101</sup> a individuos y colectivos sometidos a cierta jurisdicción estatal.

Para dilucidar el valor jurídico de la “Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas” más allá de su ausencia de obligatoriedad en el plano jurídico internacional, es necesario mencionar que si bien las declaraciones de derechos son adoptadas en resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas parece que la caracterización de una declaración simplemente como una resolución<sup>102</sup> hace referencia más al modo de adopción que al producto de dicha resolución, por lo que esa caracterización parece oscurecer más que resolver la cuestión.

A continuación, analizaremos a detalle las posiciones mencionadas en este apartado intentando establecer una posición al respecto que permita el posicionar a la declaración

---

<sup>98</sup> FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 2013, p. 377.

<sup>99</sup> CASSESE, *International law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 375-398.

<sup>100</sup> CRAVEN, Matthew, “Legal differentiation and the concept of the human rights treaty in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 3, 2000, p. 493.

<sup>101</sup> *Ídem*.

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, “«When appropriate»: monitoring/implementing of indigenous peoples’ rights under the declaration”, en CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work...*, op. cit., p. 315.

sobre los derechos de los pueblos indígenas, considerando cuestiones de derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos.

## **II.1. La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional.**

Uno de los artículos más llamativos respecto de la posible utilización de la declaración en cualquier procedimiento para la protección de los derechos humanos es el artículo 42 que menciona que los organismos de Naciones Unidas, así como los Estados, promoverán la completa aplicación de las provisiones de la Declaración y harán seguimiento de su implementación. De dicho artículo se podría inferir que todos los organismos jurisdiccionales o de decisión de la Organización de las Naciones Unidas, al emitir cualquier resolución que involucre los derechos de los pueblos indígenas debe ser acordes con la declaración, además de existir una obligación internacional para los Estados de respetar, cumplir e implementar los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, si consideramos las diversas formas en las que la doctrina se ha acercado al cuestión del papel de las declaraciones, autores como Stephen Allen, tratando la declaración de los derechos de los pueblos indígenas, se han centrado en su significado más allá del carácter «legal» de la declaración en el derecho internacional, resaltando que dicha declaración puede ser utilizada al interior de los Estados como un instrumento persuasivo para la formación de nuevas estructuras políticas y jurídicas<sup>103</sup>. Dicha interpretación de la declaración ya había sido mencionada durante su adopción en la Asamblea General, momento en el que Reino Unido –que voto a favor– enfatizó que la declaración no era vinculante legalmente pero que constituiría un importante instrumento para formular políticas al interior de los Estados. Destacando que dicha posición es completamente contraria a la de Estados que votaron en contra, tal como Canadá y Australia, Estados para los cuales la declaración no tenía efecto alguno y sus provisiones no representaban el derecho consuetudinario internacional, según la posición del primero, o era una declaración aspiracional con valor moral y político pero carente de fuerza legal, según la posición del segundo Estado.

Sobre este aspecto, uno de los puntos que considero indispensables para el análisis de la declaración en el plano jurídico internacional es dilucidar las implicaciones del carácter

---

<sup>103</sup> ALLEN, Stephen, “The UN declaration on the rights of indigenous peoples and the limits of the international legal project”, en ALLEN, Stephen y XANTHAKI, Alexandra (eds.), *Reflections on the UN declaration on the rights of indigenous peoples*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 225 y ss.

«no vinculante» de la declaración y su distinción como *soft law*. Este punto, si bien es repetido en la mayoría de los trabajos relevantes dedicados al análisis de la declaración sobre derechos de los pueblos indígenas, desde nuestro punto de vista, no puede ser considerado como un presupuesto o punto de partida, en tanto que partir del carácter «no vinculante» provoca confusión respecto de los objetivos contenidos y sobre la necesidad de adoptar dicho instrumento.

La distinción entre *hard* y *soft law* ha sido un tema sobre el que ampliamente se ha reflexionado en las obras de derecho internacional. Normalmente, se ha intentado hacer una clasificación de las posturas para entender mejor las implicaciones de dicha diferenciación<sup>104</sup>. Una primer postura que podemos denominar «positivista», entiende la anterior división de forma binaria, es decir, denomina como *hard law* a las obligaciones internacionales en sentido estricto y al *soft law* como aquel derecho que no es formalmente vinculante pero que puede derivar como tal si se siguen los procedimientos para esos efectos<sup>105</sup>. La posición «racionalista», al contrario de la anterior, establece que la diferencia entre ambas se debe a una diferencia de atributos en la que los Estados cumplen con esas provisiones del derecho internacional por diferentes motivos, lo que implica que ambos se pueden completar mutuamente. Por último, la posición «constructivista» mantiene que los intereses estatales se forman a través de procesos de asociación interestatal que facilitan los marcos de *hard* o *soft law* dependiendo de las ventajas comunes, lo que facilitaría la formulación de normas parecidas en los órdenes jurídicos domésticos además de facilitar la cooperación sin las eventuales restricciones contingentes de un litigio.

Otro punto ampliamente discutido, responde a que la diferenciación entre *hard* y *soft law* establece que las relaciones entre ambos serán alternativas o complementarias, a lo que debemos añadir también la posibilidad de su antagonismo o conflicto<sup>106</sup>. Las

---

<sup>104</sup> Esta clasificación en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

<sup>105</sup> Cfr. REINICKE, Wolfgang H. y WITTE, Jan Martin, “Interdependence, globalization, and sovereignty: the role of non-binding international legal accords” en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, op. cit., p. 75-99.

<sup>106</sup> Somos conscientes de las dificultades jurídicas que conlleva el pensar que puedan existir los conflictos normativos, situación que se agrava en el derecho internacional donde la especialización y fragmentación del mismo implica no sólo una pluralidad de valores sino también una pluralidad de técnicas en su creación, lo que dificulta el poder hablar de un ordenamiento jurídico internacional entendido como sistema normativo. Sobre un estudio de teoría jurídica al respecto Cfr. HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª ed., México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; una visión en derecho internacional Cfr. MICHAELS, Ralf y PAUWELYN, Joost, “Conflict of norms or conflict of

características que hemos mencionado con anterioridad del derecho internacional y las dificultades de encontrar los elementos técnicos de forma común han llevado a algunos autores a considerar las interacciones entre *hard* y *soft law* no como relaciones entre estos, sino a través de los intereses estatales y la actuación de los Estados para adoptar medidas de *soft law* con el fin de elaborar las existentes de *hard law*.

Las diversas posiciones académicas al respecto han dado evaluaciones disímiles y difícilmente reconciliables. Por un lado, autores positivistas han negado toda validez del concepto de *soft law*, ya que para ellos el Derecho por definición es vinculante<sup>107</sup>. Otros autores desde una perspectiva racionalista, que resaltan el papel institucional del derecho internacional, mencionan que el hablar de un acuerdo vinculante es una hipérbole innecesaria<sup>108</sup> porque los derechos y obligaciones en sentido estricto son consecuencia necesaria de los acuerdos aunque la terminología es necesaria en tanto que muestra el compromiso de los Estados y otras consecuencias sobre la reputación de los mismos<sup>109</sup>. Por último, la visión constructivista centra su atención en la implementación del derecho más allá del sentido de obligación en sentido estricto en el derecho internacional, para lo que la distinción entre el *hard* y el *soft law* es ilusoria<sup>110</sup>, posición parecida en cierto sentido a la de autores de teorías realistas de las relaciones internacionales en las que la falta de una autoridad central fuerte hacen que todo el derecho internacional sea *soft law* en distintas maneras<sup>111</sup>.

La búsqueda de un entendimiento sobre las posiciones de los agentes jurídicos relevantes y de los nuevas formas de decisión para la creación del derecho internacional es la principal razón por la cual la distinción entre *hard* y *soft law* se ha gestado, es decir, responde en gran medida a las diferentes alternativas, complementos o

---

laws? Different techniques in the fragmentation of international law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, núm. 3, abril de 2012, p. 349-376.

<sup>107</sup> KLABBERS, Jan, “The redundancy of soft law”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 65, 1996, p. 181.

<sup>108</sup> LIPSON, Charles, “Why are some international agreements informal?”, *International Organization*, vol. 45, núm. 4, otoño de 1991, p. 508.

<sup>109</sup> GUZMAN, Andrew T., “A compliance-based theory of international law”, *California Law Review*, vol. 90, núm. 6, diciembre de 2002, p. 1854-1856.

<sup>110</sup> TRUBEK, David M., COTTRELL, M. Patrick y NANCE, Mark, “«Soft law», «hard law», and European integration: toward a theory of hybridity”, *University of Wisconsin research paper*, núm. 1002, noviembre de 2005, p. 1-43.

<sup>111</sup> ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and soft law in international governance”, *International Organization*, vol. 54, núm 3, verano de 2000, p. 421.

antagonismos en el gobierno internacional<sup>112</sup>. Algunos autores se han centrado en la precisión del lenguaje contenido en los acuerdos, la obligación entendida en sentido estricto y en la delegación en los elementos de decisión e interpretación como los principales elementos necesarios para distinguir entre el *hard* y el *soft law*<sup>113</sup>.

Los tres elementos anteriormente mencionados distinguirían al *hard law* por su referencia a obligaciones en sentido estricto, el nivel de precisión en sus provisiones, así como la delegación de interpretación e implementación a cargo de un tercero; por otro lado, la categoría de *soft law* sería una categoría residual, donde se presentan los mismos elementos que en el *hard law*, sólo que uno o todos de ellos se dan de forma atenuada<sup>114</sup>.

Un elemento a destacar de la anterior distinción entre el *hard* y *soft law* es que parece residir en la perspectiva adoptada, ya sea el instrumento jurídico creado en el derecho internacional y de sus posibilidades para forzar su cumplimiento, o desde una perspectiva centrada en el gobierno internacional, esto es, acerca de las posiciones de los agentes jurídicos relevantes en los foros de decisión donde se establecen normas de derecho internacional.

Acorde a la distinción anterior, parece que las posiciones positivistas y racionalistas entienden el *soft law* como un compromiso atenuado o incluso niegan su categoría jurídica, en este tenor parecería que es totalmente inconsecuente y no explica del todo el porqué de su adopción. Por otro lado, la visión constructivista y la distinción de los elementos de precisión, obligatoriedad y delegación no parecen explicar del todo las consecuencias normativas del *soft law*, especialmente si utilizamos ciertos instrumentos sociológicos para revisar los mecanismos de regulación y resolución de conflictos, así

---

<sup>112</sup> Algunos autores parece que hacen la distinción de *hard* y *soft law* basándose en el enfoque tradicional de las «fuentes» del derecho internacional aunque dicha clasificación sobre la que intenta basarse la clasificación considera únicamente la obligatoriedad de cierto fenómeno jurídico, por lo que si se quiere explicar la clasificación *ex ante* al fenómeno y establecer las condiciones de posibilidad, el porqué adoptar uno u otro, necesitamos referirnos a las relaciones internacionales; Cfr. SCHAFFER, Gregory C. y POLLACK, Mark A., “Hard versus soft law in international security”, *Boston College Law Review*, vol. 52, núm. 4, enero de 2011, p. 1147 y ss. (1147-1241)

<sup>113</sup> ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and soft law in international governance”, op. cit., p. 424 y ss.

<sup>114</sup> *Ídem*.

como el proceso plural de interacción internacional para la creación de disposiciones jurídicas<sup>115</sup>.

El balance general de las perspectivas teóricas que consideran alternativa los instrumentos de *hard* y *soft law* se centra en las ventajas particulares para cada contexto consideradas por los agentes jurídicos relevantes, lo que ha llevado a ciertos autores a adoptar ciertos criterios pragmáticos en los que la adopción de instrumentos de un cierto tipo depende de las circunstancias<sup>116</sup>. Esta visión alternativa de los instrumentos no hacen ninguna reflexión acerca de los alcances normativos de cada caso, a lo más, parece limitarse a afirmar que es de una determinada manera porque así ha sido, lo que no puede ser considerado un argumento claro para la clasificación ni para la calificación de los actos e intereses de los Estados.

Por otro lado, el carácter complementario de ambos se ha entendido en dos formas generales, ya sea que los instrumentos de *soft law* se puedan «convertir» en instrumentos de *hard law* si se siguen los procedimientos formales para esos efectos o que los instrumentos de *hard law* sean desarrollados por instrumentos de *soft law*. La apreciación de las diversas formas en las que se completan depende de la teoría adoptada, positivistas destacan que el *soft law* se puede convertir en tratados internacionales, pueden servir como guías de interpretación, elaboración o aplicación sobre el origen legal de las obligaciones, como evidencia del derecho consuetudinario y, en su caso, aplicarse de manera supletoria. Los racionalistas destacan el valor del *soft law* atendiendo a los intereses estatales en cada contexto y su utilización en ciertos convenios marco o acuerdos plurilaterales, entre otros. Por último, los constructivistas afirman que el *soft law* facilita la interacción nacionales e internacionales que transforman los intereses estatales y eventualmente pueden derivan en *hard law*.

El análisis hecho en abstracto hasta ahora sobre la distinción entre el *hard* o *soft law* no es demasiado esperanzador para dilucidar la posición de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, especialmente por la no diferenciación entre el plano normativo e institucional que provoca la distinción en términos generales del *soft* y *hard law*. Por esta situación es necesario el centrarnos específicamente sobre las resoluciones

---

<sup>115</sup> Sobre un análisis de las perspectivas del análisis sociológico, Cfr. ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, 2ª ed., Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2006, p. 208 y ss.

<sup>116</sup> ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and soft law in international governance”, op. cit., p. 423.

declarativas de derecho y otros instrumentos políticos en la creación del derecho internacional.

### **II.1.1. Las resoluciones y otros instrumentos políticos.**

El entendido tradicional del derecho internacional y las maneras de creación del mismo se han encontrado ante otros medios que se han argüido como áreas normativas, el derecho natural, las reglas políticas sobre el balance del poder, la justicia retributiva y distributiva, entre otros, han sido utilizados históricamente para la creación de nuevas disposiciones jurídicas en el plano internacional.

Es justamente en la utilización de procedimientos no tradicionales para la creación del derecho internacional que debemos dilucidar dos puntos, el primero concerniente a resoluciones de asambleas internacionales y, en segundo lugar, a declaraciones y acuerdos entre Estados que tienen un contenido normativo pero que no se busca que sean legalmente vinculantes o parte del derecho internacional. Tanto de las resoluciones como de los textos políticos podemos pensar en un vasto número de ejemplos que han adquirido una especial relevancia en los últimos años. Claramente las declaraciones y los instrumentos políticos pueden ser considerados como sustitutos del derecho de los tratados o del derecho consuetudinario internacional, sin embargo, muchos autores han intentado centrarse en los aspectos prácticos de ambos procedimientos y las facilidades que implican para lidiar con las complejidades de las relaciones internacionales.

Podemos destacar por un lado ciertos aspectos negativos de las formas tradicionales de creación del derecho internacional, en donde las restricciones en la «conducta» de los Estados impuestas por los instrumentos comunes, provocan largas y discutidas negociaciones que no siempre tienen resultados positivos, además de la dificultad de adaptar dichos instrumentos a las circunstancias a lo largo del tiempo. Es justamente en estos aspectos negativos donde surgen defensores de las declaraciones y de los instrumentos políticos, destacando la facilidad de negociar dichos instrumentos, al no imponer límites estrictos a la «conducta» estatal, lo que denota la flexibilidad de los mismos y su posibilidad de ser más ambiciosos en objetivos al no tener que preocuparse por los métodos de conformidad necesarios para un instrumento tradicional.

Si bien la visión práctica de las declaraciones y de otros instrumentos políticos la podemos utilizar para hacer cierto análisis de las relaciones internacionales, no hay



lugar a dudas que las declaraciones y los instrumentos políticos han contribuido a cierta incertidumbre en lo que respecta a la identificación de los instrumentos jurídicos de otros instrumentos no jurídicos. Este punto no es baladí, en tanto que las consecuencias son obvias si consideramos que la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es «jurídica» o si sólo debe tenerse en cuenta como una especie de manifiesto político adoptado por ciertos Estados. Por lo tanto, es altamente recomendable el clarificar cual es la relación de los instrumentos políticos con el sistema jurídico; a continuación mencionaremos brevemente ciertos aspectos y detalles de las resoluciones de la Asamblea General, para después mencionar ciertas implicaciones de los instrumentos políticos.

El balance general de las perspectivas teóricas que consideran alternativa los instrumentos de *hard* y *soft law*, es decir, entre los instrumentos tradicionales y las nuevas formas como las resoluciones y declaraciones, se centra en las ventajas particulares para cada contexto consideradas por los agentes jurídicos relevantes, lo que ha llevado a ciertos autores a adoptar ciertos criterios pragmáticos en los que la adopción de instrumentos de un cierto tipo depende de las circunstancias<sup>117</sup>. Esta visión alternativa de los instrumentos no hacen ninguna reflexión acerca de los alcances normativos de cada caso, a lo más, parece limitarse a afirmar que es de una determinada manera porque así ha sido, lo que no puede ser considerado un argumento claro para la clasificación ni para la calificación de los actos e intereses de los Estados.

Específicamente, si reflexionamos acerca de los instrumentos políticos y del procedimiento establecido internacionalmente para la creación de tratados –como uno de los principales instrumentos jurídicos internacionales por el que se obligan los Estados–, tenemos que la regla principal es que los Estados poseen completa libertad en lo que respecta a la forma, las modalidades y el contenido de los mismos, en los que la práctica internacional normalmente los ha distinguido por su forma si fueron adoptados de «manera solemne» o de «manera simplificada», estos últimos a los que también se les denomina «acuerdos ejecutivos» o instrumentos políticos en términos generales.

La «manera solemne» para la adopción de tratados internacionales, de forma general, implica la concurrencia de representantes estatales plenipotenciarios que negocian el

---

<sup>117</sup> ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and soft law in international governance”, op. cit., p. 423.

texto escrito y, una vez aceptado, es firmado por los representantes para ser enviado a las respectivas autoridades nacionales para su ratificación como forma de expresión del consentimiento del Estado. Una vez cumplidos dichos actos el tratado internacional entrará en vigor cuando es intercambiado entre las partes firmantes, depositado con alguno de ellos o en un organismo internacional, o cuando se alcanza el número de ratificaciones necesarias.

La «manera simplificada» implica la concurrencia de expertos gubernamentales, diplomáticos o personas designadas para dichos efectos que serán obligatorios una vez que los negociadores mismos, si tienen dichas facultades, o los ministros de relaciones exteriores los firman. En algunas ocasiones, toman la forma a través de notas diplomáticas que no necesitan la ratificación del jefe del gobierno o de los parlamentos estatales en su elaboración. Las razones para este tipos de acuerdos radica en que principalmente se utilizan para atender cuestiones urgentes que necesitan un procedimiento expedito y flexible.

Estas dos formas generales nos indican que depende de lo negociado por los representantes estatales la decisión sobre el cómo y cuándo de la entrada en vigor del mismo. Es en este punto donde queremos enfatizar, ya que ha habido ocasiones en las que no ha sido claro si un Estado está obligado conforme a un tratado internacional o si únicamente ha tomado cierto compromiso político.

Sobre este aspecto es de destacar el caso de “La plataforma continental del mar Egeo (Grecia vs. Turquía)”<sup>118</sup> ante la Corte Internacional de Justicia decidido en 1978. En una primera etapa del procedimiento, la Corte decidió que tenía jurisdicción para la decisión del caso presentado por Grecia con base en un comunicado conjunto expedido en Bruselas por los primeros ministros de los países implicados<sup>119</sup>. El comunicado no estaba firmado y había sido enviado a la prensa directamente al terminar la reunión entre los primeros ministros<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgement, I.C.J. Reports, 1978.

<sup>119</sup> *Ibidem*, § 25.

<sup>120</sup> *Ibidem*, § 95. El texto del comunicado tal como fue publicado en francés: “Au cours de leur rencontre les deux premiers ministres ont eu l’occasion de procéder à l’examen des problèmes qui conduisent à la situation actuelle des relations de leurs pays. Ils ont décidé que ces problèmes doivent être résolus pacifiquement par la voie des négociations et concernant le plateau continental de la mer Egée par la Cour internationale de La Haye. Ils ont défini les lignes générales sur la base desquelles auront lieu les rencontres prochaines des représentants des deux governments”; *Ibidem*, § 97.

La Corte, refiriéndose al mencionado comunicado, determinó que no existía una regla de derecho internacional para prejuzgar que un comunicado conjunto no pueda constituir un acuerdo internacional para presentar una disputa para una resolución arbitral o judicial<sup>121</sup>. Además, la Corte menciona para que un comunicado sea considerado como un acuerdo depende esencialmente de la naturaleza del acto o transacción que se expresa en un comunicado y no zanja negativamente la cuestión el referirse simplemente a la forma –un comunicado–, en donde el acto o transacción fue plasmado<sup>122</sup>. No fue sino hasta después de estudiar las diversas comunicaciones diplomáticas entre representantes de Grecia y Turquía que tuvieron lugar con anterioridad a la publicación del comunicado conjunto que se pudo concluir que atendiendo al contexto y a los términos expresados, la Corte concluyó que no era la intención de los Estados el obligarse ni aceptar incondicionalmente la decisión sobre la disputa por la Corte<sup>123</sup>.

Por otro lado, en el caso sobre “Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Catar y Bahrein”<sup>124</sup>, donde la Corte sostuvo que los intercambios de comunicaciones entre representantes de Catar y de Bahrein con la intermediación de un representante de Arabia Saudita, así como el acta de la reunión firmada el 25 de diciembre de 1990 en Doha por los ministros de relaciones exteriores de los tres países constituían acuerdos internacionales que creaban derechos y obligaciones para las partes, por lo que constituía base suficiente para que la Corte tuviera jurisdicción en el asunto<sup>125</sup>. Después de examinar el contenido del acta, la Corte afirmó que en ellas se confirmaban las obligaciones internacionales que tenían ambos Estados con anterioridad donde confiaban al rey de Arabia Saudita el encargo de encontrar una solución al conflicto en el plazo de seis meses y, finalmente, abordar las circunstancias en las que la Corte podría conocer después de mayo de 1991<sup>126</sup>. Al contrario de la posición de Bahrein<sup>127</sup>, el acta de la reunión no daban cuenta únicamente de las discusiones y resumía los puntos de acuerdo y desacuerdo sino la misma enumeraba las obligaciones consentidas por los Estados en el plano internacional, es decir, constituía un acuerdo internacional.

---

<sup>121</sup> *Ibidem*, § 96.

<sup>122</sup> *Ídem*.

<sup>123</sup> *Ibidem*, § 107.

<sup>124</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Merits, Judgement, I.C.J. Reports, 2001.

<sup>125</sup> *Ibidem*, § 8.

<sup>126</sup> *Ibidem*, § 69.

<sup>127</sup> *Ibidem*, § 72.

Lo anterior nos lleva a afirmar que el carácter no formal del derecho internacional implica que necesariamente se deba hacer un estudio particular sobre los instrumentos jurídicos para determinar si los mismos son vinculantes o no, sin importar que exista ciertas prácticas generalizadas para la negociación, adopción y ratificación del tratado. Por lo tanto, la distinción entre *hard* y *soft law*, en todo caso, debería hacerse basándose en el análisis de las circunstancias de creación del derecho con las reglas básicas que regulan las diversas ramas del derecho internacional y no estrictamente basándose en las consecuencias normativas que no son de ninguna manera homogéneas.

### **II.1.2. Las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relaciones con las normas jurídicas internacionales.**

Pocos temas han causado tanta controversia como el papel a desarrollar por las declaraciones y resoluciones que parecen expresar principios o las disposiciones jurídicas. La adopción de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en la Asamblea General por una amplia mayoría, ha sido considerado por diversos Estados como un intento de imponer normas obligatorias en las minorías disidentes al interior de dichos cuerpos, así como una forma de imponer ciertos cambios a la forma en la que tradicionalmente se crea el derecho internacional aunque dichos argumentos pueden ser extendidos a casi todas las demás resoluciones y declaraciones adoptadas.

Es obvio que las resoluciones y las declaraciones de la Asamblea General nunca han sido consideradas como una fuente formal del derecho internacional, así como que la Asamblea General no se le atribuyen facultades para la creación de derecho o el adoptar resoluciones vinculantes –excepto para ciertas cuestiones de organización interna– en la Carta de Naciones Unidas. Sin embargo, esta situación no nos permitiría concluir que las resoluciones y declaraciones de la Asamblea General no tienen influencia en el desarrollo del derecho internacional en asuntos de vital importancia para los Estados. El punto anterior es bastante claro en tanto que la Asamblea General constituye el foro central de la comunidad internacional, con competencia para discutir cualquier cuestión internacional, con una continuidad institucional y un marco establecido para el cumplimiento de los propósitos para la cual fue creada.

La visión de las resoluciones de la Asamblea General como la expresión de los intereses comunes de la comunidad internacional o de la «voluntad general» de los Estados ha sido considerada como una consecuencia de los objetivos y propósitos de la Asamblea.

En este contexto, parece que la siguiente conclusión acuerdo con dicha visión sería que se puede transformar la «voluntad» estatal en derecho. No hay lugar a dudas que una de las maneras en las que se puede alcanzar dicha transformación es mediante la utilización de una resolución como base para la preparación de un tratado internacional, ya sea por la Asamblea General misma o mediante el establecimiento de una conferencia diplomática para dichos efectos, dichos pasos fueron seguidos en casos para la elaboración de tratados sobre el genocidio o la eliminación de la discriminación racial, entre otros.

Sin embargo, las dificultades no radican en ejemplos como los mencionados arriba sino en los casos donde la Asamblea General adoptó resoluciones donde se afirmaban normas legales sin el establecimiento de ningún proceso de negociación de un tratado internacional. La declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es clara en este sentido, ya que menciona que la declaración constituye un estándar mínimo que puede ser desarrollado o concretado eventualmente en un tratado internacional, pero ese punto no responde la cuestión sobre las implicaciones de haber «declarado» los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

Las declaraciones de derechos no son ni en forma ni en contenido meras recomendaciones o exhortaciones aunque sus consecuencias normativas permanecen altamente inciertas. El análisis de la práctica al interior de la Asamblea General de las Naciones Unidas ha sido clara en este sentido, ya que desde un inicio se ha aceptado que la Asamblea adopte dichas resoluciones declarativas. En su primer periodo de sesiones en 1946, la Asamblea General discutió los «principios de Nuremberg» y los afirmó en una resolución unánime; asimismo, en la misma sesión, el genocidio fue declarado un delito bajo el derecho internacional también por unanimidad. Nadie cuestionó la competencia de la Asamblea General para adoptar dichas resoluciones, inclusive considerando que la Carta de las Naciones Unidas no contiene ninguna provisión sobre ese aspecto específicamente.

La pregunta, sin embargo, era sobre la «fuerza legal» de las declaraciones de derechos, sin importar que estas fueran para tratar un tema general de la comunidad internacional o un tema específico en un Estado. Si la Asamblea General carecía de las facultades para la adopción de resoluciones obligatorias para los Estados, ¿dichas declaraciones debían ser consideradas vinculantes o como un acto *ultra vires* de la Asamblea General?

Y, en caso que la resolución no fuera a ser considerada vinculante en ningún sentido, ¿cuál era el valor o legitimidad de la misma?

La perplejidad ante estas cuestiones provocó un considerable cuerpo de análisis jurídico sobre este asunto<sup>128</sup> aunque la cuestión no fue del todo resuelta, e incluso se puede decir que fue acrecentándose la controversia mientras más resoluciones y declaraciones fueron adoptadas al interior de la Asamblea General. Las resoluciones y declaraciones han sido utilizadas para legitimar la actuación de ciertas organizaciones internacionales, así como por los Estados para sus asuntos internacionales y domésticos. Lo que comenzó en 1946 como un medio indiscutible o que generaba poca controversia para afirmar principios y normas jurídicas, se ha convertido en un instrumento de las relaciones y gobierno internacional acentuando la necesidad de determinar la legitimidad de las declaraciones y si debe reconocerse como una expresión de autoridad para los Estados a los cuales se dirige.

Si se considera que las declaraciones de derechos adoptadas por resoluciones de la Asamblea General concretan ciertos principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, ya sea de manera general o específica, las declaraciones supondrían una interpretación auténtica de las obligaciones internacionales de los Estados. Las ventajas de considerar a las declaraciones como una interpretación auténtica de las obligaciones internacionales derivadas de las fuentes tradicionales es que las declaraciones no entrarían en conflicto con dichas «fuentes» del derecho internacional. La “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados” de 1970 fue adoptada por consenso justamente bajo el amparo de que dicha declaración sólo interpretaba las obligaciones internacionales ya previstas en la Carta de las Naciones Unidas. En otros casos, como la condena del régimen del apartheid en Sudáfrica, donde la declaración fue adoptada por mayoría, tendría que interpretarse que la resolución no impone ninguna obligación novedosa sino que la fuente formal es la Carta de las Naciones Unidas.

Sin embargo, dicha distinción no es siempre clara y distinta. En ocasiones, cuando se busca que una regla general sea aplicada a una nueva serie de hechos se produce una

---

<sup>128</sup> TUNKIN, Grigory, “The legal nature of United Nations”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des cours*, Martinus Nijhoff, 1966, p. 33-71. ARANGIO-RUIZ, Gaetano, “The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of principles of Friendly Relations”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des cours*, Martinus Nijhoff, t. III, 1972, p. 419-518.

modificación de dicha regla general para adaptarla a las nuevas circunstancias, situación en la que parece que podemos incluir la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. La modificación de una regla es todavía más clara cuando cierto organismo internacional redefine los límites de aplicación de una regla general establecida, lo que podría implicar que los nuevos límites normativos van en contra de los anteriormente establecidos y de la «voluntad» de los Estados en sus obligaciones internacionales. Los aspectos teóricos sobre si una declaración implica una interpretación o una enmienda a la Carta de las Naciones Unidas, parecen tener implicaciones diferentes si se adoptan por unanimidad o no, en tanto que si todos los Estados de la Asamblea General declaran que una norma es vinculante jurídicamente no parece coherente hablar de un acto *ultra vires* de la Asamblea o considerarla como una simple recomendación. La unanimidad de una declaración constituiría una opinión jurídica de la comunidad internacional y no una recomendación aunque tenemos que reconocer que las declaraciones y las manifestaciones estatales particulares no siempre corresponden con la posición adoptada por el Estado tanto doméstica como internacionalmente.

En ese sentido, las complicaciones teóricas mencionadas en el párrafo anterior parecen difuminarse al tratar las consideraciones prácticas de las mismas. En este sentido, hay que hacer una distinción sobre la conformidad, la efectividad y la implementación de instrumentos internacionales como aspectos prácticos de los mismos. La conformidad de un instrumento internacional implica únicamente la correspondencia entre una norma y la conducta aunque no una relación causal. La efectividad hace referencia a una conexión causal entre una norma que conlleva ciertas conductas o resultados específicos. La implementación se refiere al proceso de poner en práctica cierto instrumento internacional, tanto en niveles nacionales como internacionales, a través de la creación de legislación o el establecimiento de instituciones. En este entendido, aunque todos los términos están relacionados, la conformidad y efectividad son elementos necesarios para que exista la implementación aunque la conformidad no implica necesariamente que dicho instrumento internacional esté siendo implementado sino simplemente que existe cierta coincidencia casual entre la «conducta» anterior y la práctica posterior<sup>129</sup>. Dichos aspectos prácticos nos llevarían a considerar si la afirmación de ciertos principios o disposiciones jurídicas de parte de los Estados es base

---

<sup>129</sup> Sobre esta diferenciación Cfr. RAUSTIALA, Kal, “Compliance & effectiveness in international regulatory cooperation”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 32, núm. 387, 2000, p. 391-398. (387-414)

suficiente para poder hablar de efectividad de dichos principios o disposiciones, o simplemente implica que puede llegar a existir cierta conformidad y una eventual implementación dependiendo de la buena fe de los Estados en sus asuntos internos.

En este punto es conveniente recordar el relevante fallo de la Corte Suprema de Belice<sup>130</sup>, en donde más allá de afirmar una simple conformidad o implementación de la declaración de derechos de los pueblos indígenas, se utilizó la declaración como una *opinio juris* que aunada a la práctica estatal de Belice, especialmente por el voto a favor de la declaración en la Asamblea General, constituía derecho consuetudinario internacional y por lo tanto era aplicable a la situación concreta. Si bien no consideramos correcto que la simple manifestación de la voluntad estatal mediante un voto pueda considerarse una *opinio juris*, el hecho es que en ciertas ocasiones se han afirmado ciertos principios de derecho internacional aun cuando no existía una práctica internacional al respecto y que ha llevado a considerar que las declaraciones de derechos son prueba suficiente de la existencia de dicha norma internacional.

El fallo de la Corte Constitucional de Belice fue dictada en el mismo sentido que uno de los principales fallos internacionales en dicha materia. La Corte Internacional de Justicia analizando las medidas de prohibición del uso de la fuerza relacionado con la integridad territorial y política en Nicaragua estableció que los votos en la Asamblea General constituían una *opinio juris* para la integridad territorial y política de los Estados, deducida de la votación de la “Declaración de relaciones amistosas y cooperación entre Estados”<sup>131</sup>.

No obstante, la mención de que una declaración aceptada por todos o por una gran mayoría de los Estados que participan en la Asamblea General es prueba suficiente que hace patente la existencia de cierto principio o disposición jurídica consuetudinaria merece un mayor comentario. Especialmente porque no se puede considerar que la declaración sea un tratado internacional, ya que existe la posición expresa de parte de los Estados de adoptar un instrumento «no vinculante», por lo que muchos de los autores han adoptado una posición similar a la establecida por la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua o como la corte constitucional de Belice, sin embargo,

---

<sup>130</sup> *Supra*, nota 94.

<sup>131</sup> *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, § 188.



no sabemos hasta qué punto debemos considerar esa expresión formal para considerarla como parte integrante de normas consuetudinarias internacionales.

Una opción posible es que el haber votado a favor de una declaración no haya sido pronunciada con la intención de acordar la validez o legitimidad del principio o de la disposición jurídica; sin importar si un Estado ha votado a favor de la declaración o si no ha elaborado objeción alguna al respecto<sup>132</sup>. En ese sentido, se podría presuponer que como se espera que las declaraciones funcionen únicamente como recomendaciones políticas, el voto particular de los Estados no implicaría nada más que eso. Asimismo, las facultades de un representante estatal de expresar la posición de su Estado en una votación en la Asamblea General, en tanto que los representantes normalmente no tienen la facultad de obligar a sus gobiernos mediante su encargo, tal como lo manifestó expresamente el representante de Reino Unido en la votación de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. No obstante, esta situación es diferente a otras donde la resolución implica la interpretación de obligaciones internacionales o una norma de derecho consuetudinario; ya que esta situación no implica que aunque una declaración se busque que sea una mera recomendación, la actuación del representante estatal tiene una relación significativa para dilucidar la posición del Estado respecto de ciertos asuntos.

La disyuntiva utilizada normalmente respecto del *hard* y *soft law*, como categorías que denotan el carácter vinculante o recomendatorio de un instrumento internacional no resulta del todo claro si consideramos a las resoluciones simplemente como evidencia de la existencia de una norma internacional consuetudinaria. Esta última posición sería compatible con la idea de que dichas declaraciones no son vinculantes en el mismo sentido que lo serían los tratados o ciertos fallos jurisdiccionales, sin embargo, se pueden considerar las declaraciones hechas en la Asamblea General como interpretaciones o expresiones oficiales de los gobiernos y que tienen la misma relevancia en la aplicación del derecho internacional a través de la costumbre. Esta última idea parece ser la que ha sido más aceptada en la práctica.

Si aceptamos dicha lectura y consideramos a las declaraciones como evidencia de cierta norma internacional tendríamos que evaluar la información disponible, es decir, el tipo

---

<sup>132</sup> ARANGIO-RUÍZ, Gaetano, “The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of principles of Friendly Relations”, op. cit., p. 457.

de apoyo recibido al interior de las Naciones Unidas y su conexión necesaria con una obligación internacional establecida, donde también se tendría que considerar la práctica estatal relevante y la *opinio juris* manifestada en diversos contextos. En este sentido, lo expresado por los Estados en una declaración de derecho es de vital importancia para determinar los efectos jurídicos de la declaración, en unas ocasiones puede servir para establecer cierta práctica como requerimiento legal. La intención de los Estados no siempre es decisiva, en tanto que existen otras circunstancias en las que se considera que lo establecido por una declaración debe relacionarse necesariamente con una obligación internacional, lo que obviamente puede llevar a reservas o disenso por dicha regla como *lex lata*. Si bien las consideraciones que hemos hecho puede llevarnos a concluir que la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas debe relacionarse estrictamente con una obligación internacional establecida, lo que significaría que tendríamos que afirmar que la declaración no establece ninguna modificación de los derechos humanos ya reconocidos, lo que no se confirma al analizar el proceso de adopción de la declaración, donde se resaltaba que la misma era una novedad en tanto que las protecciones establecidas en el sistema internacional de derechos humanos no eran suficientes para la protección de los intereses de los pueblos indígenas, por lo que es necesario optar por otro camino. Además, nos encontramos ante una dificultad añadida al ser una declaración de derechos humanos, en las que la inconsistencia de la práctica no implicaría un menoscabo a la validez de dicho principio o norma de derecho internacional, cuyo ejemplo paradigmático lo encontraríamos con el régimen de segregación racial en Sudáfrica.

El otro aspecto a mencionar de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es que la misma fue adoptada por mayoría y no por unanimidad en la Asamblea General. Si nos preguntamos sobre si los Estados disidentes están obligados por la resolución adoptada por la mayoría la primer respuesta sería que no, en tanto que ningún Estado puede ser obligado por una resolución de la Asamblea General en tanto que las facultades de esta establecidas en la Carta de Naciones Unidas se refieren a aspectos organizacionales e internos. No obstante, si la resolución es evidencia suficiente de una obligación internacional existente, el Estado disidente puede considerarse obligado por la resolución, lo que tiene implicaciones particulares al tratar con derechos humanos ya que las distintas formas en las que se han considerado las declaraciones y sus consecuencias normativas descansan en el entendimiento general

del derecho internacional, es decir, en que es “una estructura horizontal carente de lazos fuertes en lo político, lo ideológico y lo económico entre sus miembros”<sup>133</sup>.

El punto a destacar en este momento es que es necesario considerar la estructura institucional particular de la Asamblea General antes de atribuir ciertas consecuencias a dicho organismo respecto de la costumbre internacional, específicamente en lo que implica la expresión de la posición estatal al interior de la Asamblea General. La distinción entre la voluntad formal de un documento no vinculante, la voluntad respecto de los contenidos y sobre su apoyo o crítica respecto de los mismos, si bien puede servir para efectos analíticos no puede ser selectiva para considerar ciertas prácticas como derecho consuetudinario y otras no; los tres aspectos de la votación deben ser considerados para la conformación de normas consuetudinarias. Sin embargo, la estructura institucional de las Naciones Unidas parece permitirnos eliminar la posición formal de los Estados respecto de las declaraciones de derecho.

Como primer punto a considerar para no tomar en cuenta como criterio excluyente de consecuencias normativas la posición formal estatal sobre la no vinculación de las declaraciones de derechos humanos al interior de la Asamblea General es necesario considerar que las declaraciones de derechos humanos tienen ciertas características particulares aunque cada una de ellas ha tenido diversas formas de concretarse en normas de derecho internacional. Las facultades en materia de derechos humanos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas fueron articuladas de manera tímida en un principio aunque la práctica de la Asamblea General, desde sus inicios, parece demostrar que sus facultades van más allá de el trato exclusivo de asuntos internos y de organización. La utilización del idioma de los derechos en las declaraciones adoptadas en resoluciones de la Asamblea General hace evidente que las intenciones manifestadas en el proceso político de la Asamblea busca tener consecuencias más allá de una mera expresión de buenas intenciones. Las dificultades de distinguir las intenciones formales de las del contenido tendrían aquí otro problema añadido sobre la declaración de derechos de los pueblos indígenas, en tanto que se habla de un estándar mínimo de protección para los pueblos indígenas pero al mismo tiempo se utiliza un lenguaje positivo de derechos humanos, la pregunta persistente es cómo integrar la voluntad o

---

<sup>133</sup> CASSESE, Antonio, *International law*, op. cit., p. 13.

posición formal del documento no vinculante con los contenidos establecidos en la declaración de derechos.

El excluir a la Asamblea General de la posibilidad de participar en los procesos de creación de derecho internacional es paradójico, en tanto que es el organismo político de mayor importancia a nivel internacional; donde se garantiza la participación más amplia de Estados en un contexto institucional determinado. La distinción de competencias de los distintos componentes de la Organización de las Naciones Unidas al momento de su constitución no puede considerarse como un impedimento para el cumplimiento de sus objetivos, especialmente si consideramos aspectos de derechos humanos.

El segundo punto a considerar se relaciona con el funcionamiento del derecho consuetudinario internacional; incluso autores que se han centrado en el funcionamiento del *soft law* y sus consecuencias, como expresión que incluye las declaraciones y otros instrumentos políticos, han utilizado como forma de identificación del mismo criterios más allá de la forma legal —considerándola una cuestión secundaria—, y es en la especificidad de la norma, es decir, una cuestión lingüística, donde se distingue al mismo por el “control impuesto a la conducta”<sup>134</sup>. Si bien dichos elementos pueden servir en prácticas comerciales, empresas multinacionales y relaciones económicas como una especie de *lex mercatoria* internacional, al atender a ciertas características propias del derecho internacional de los derechos humanos parece existir una confusión entre el entendimiento del derecho como una práctica o concepto y el derecho particular una comunidad relevante<sup>135</sup>, es decir, se intenta distinguir entre el derecho que constriñe nuestra conducta y el entendimiento de dicha constricción.

### **II.1.3. La declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y la costumbre internacional de derechos humanos.**

Las reflexiones académicas acerca de los principales logros y fracasos en la estructura y objetivos de la Organización de las Naciones Unidas incluyen desde obras de filosofía

---

<sup>134</sup> GRUCHALLA-WESIERSKI, Tadeusz, “Framework for understanding «soft law»”, *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, vol. 30, núm. 1, 1984, p. 86 y ss.

<sup>135</sup> Una crítica similar a la que elabora Jules Coleman a la obra de Ronald Dworkin, Cfr. COLEMAN, Jules, “Methodology”, en COLEMAN, Jules y SCHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 317.

del derecho<sup>136</sup> hasta estudios sobre relaciones internacionales y que no pueden ser desarrolladas aquí con gran profundidad. Si nos centramos estrictamente en las cuestiones relativas a los derechos humanos parece paradójico que las provisiones de la Carta hayan tenido el desarrollo y extensión que tienen en la actualidad, cuando en la formulación de la Carta fueron expresadas de forma cauta, donde sólo implicaban la universal promoción de respeto de los mismos en su artículo 55(c), especificando que la Asamblea General podría “iniciar estudios y hacer recomendaciones” en el artículo 13.1 y que el Consejo Económico y Social podría preparar borradores de convenios y reportes al respecto en su artículo 62, referencias que quedaron todavía más debilitadas por la adopción de la cláusula de jurisdicción doméstica.

La estructuración institucional de la Organización de las Naciones Unidas, aun con sus limitaciones claras en ciertos aspectos para asegurar intereses políticos y militares, ha tenido unos resultados inesperados en lo que respecta a los derechos humanos y a la promoción y codificación del derecho internacional, ambos aspectos que si bien no parecerían ser los más relevantes de los pilares del nuevo orden mundial, la práctica ha demostrado lo contrario.

Quizá las principales preguntas que surgen en el plano institucional internacional de los derechos humanos se relaciona con el porqué los Estados apoyaron una doctrina internacional de los derechos humanos que difería radicalmente con los principios clásicos del derecho internacional y cuáles fueron los motivos políticos que provocó a los propios miembros de la comunidad internacional a establecer ciertas restricciones en la autoridad y libertad de actuación de los Estados. En ese sentido, parecen existir dos planos jurídicos internacionales, el tradicional de derecho internacional y las pretensiones de la comunidad internacional<sup>137</sup>.

Si una de las ideas generalizadas acerca de la estructura del derecho internacional es “la falta de subjetividad del individuo y su posición marginal en el orden internacional”<sup>138</sup>, es necesario remarcar que para finales del siglo XIX y principios del XX la aspiración

---

<sup>136</sup> Sobre una comparación de las perspectivas ius filosóficas sobre la Organización de las Naciones Unidas de Alf Ross y Hans Kelsen, Cfr. LANDAUER, Carl, “Anatomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 4, 2003, p. 767-799.

<sup>137</sup> Cfr. CASSESE, Antonio, *International law*, op. cit., p. 21-22; SIMMA, Bruno, “From bilateralism to community interest in international law”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff, vol. 250, 1994, p. 401 y ss.

<sup>138</sup> FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, op. cit., p. 64.

doctrinal sobre la superación de la interestatalidad como estructura básica para la identificación del derecho internacional se encuentra en la base de las consideraciones y condiciones de posibilidad de la doctrina internacional de los derechos humanos.

Las excepciones a las diferentes concepciones tradicionales del derecho internacional tomaron forma en movimientos del siglo XIX y principios del XX, tendientes a la abolición de la esclavitud, la protección de los trabajadores y protección de minorías<sup>139</sup>. Si bien las consideraciones del derecho internacional humanitario se encontraban de fondo en dichos movimientos, en el entendido que la protección de los grupos *qua* grupos debía ser tomada en consideración por el derecho internacional. No fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, como ya se mencionó, que se intentó traducir en el plano internacional una doctrina de los derechos humanos, los que servirían como guías para la Organización de las Naciones Unidas y sus miembros aunque se seguirían los medios normativos tradicionales del derecho internacional para su implementación, especialmente a través de tratados internacionales.

Parte de las tensiones responden a la preeminencia del los tratados internacionales como contratos sobre las implicaciones políticas y jurídicas de los derechos fundamentales. Los fenómenos de fragmentación del derecho internacional, relacionado con el concepto de sistematicidad del derecho internacional, parecen indicar cierta tensión entre el derecho internacional entendido como *lex generalis* y las demandas particulares, en este caso, de los derechos humanos. Una idea generalmente repetida se refiere a que los principios que rigen el derecho de los tratados es que necesitan ser modificados e incluso descartados cuando nos enfrentamos a tratados internacionales de derechos humanos, tal como lo ha referido el Comité de Derechos Humanos en su comentario general número 24<sup>140</sup> y ciertas opiniones particulares en la Corte Internacional de Justicia<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> *Ibidem, passim*. Además Cfr. MARIÑO M., Fernando, “Protección de las minorías y derecho internacional”, en AAVV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid: Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, 1994, p. 162-190.

<sup>140</sup> Comité de Derechos Humanos, *Comentario general número 24: Problemas relacionados con las reservan hechas a la ratificación o acceso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o a los protocolos adicionales, o en relación a las declaraciones según el artículo 41 del Pacto*, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, noviembre de 1994.

<sup>141</sup> Separate opinion of Judge Weeramantry, *Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary objections, Judgement, I.C.J. Reports, 1996, p. 641.

En este sentido, el presupuesto que parece encontrarse en el fondo del derecho de los tratados se refiere únicamente al establecimiento de obligaciones, es una *lex scripta* neutral de contenidos que cristaliza cierto derecho consuetudinario de cierta práctica interestatal para el establecimiento de obligaciones que se consideraron necesarias. Sin embargo, afirmar que los tratados derechos humanos no tienen nada que ver con los aspectos generales de los tratados internacionales sería una afirmación apresurada, ya que no sólo hablamos de una coincidencia respecto de los foros de decisión sino que el entendido general de las relaciones internacionales se basa en la preeminencia contractual o de tratados internacionales.

Por otro lado, si consideramos el derecho consuetudinario nos encontramos que la sugerencia de considerar los votos de la Asamblea General como evidencia de normas consuetudinarias de derechos humanos para el caso de declaraciones de derechos tiene una ventaja: sirve para el reposicionamiento de la Asamblea General como órgano con consecuencias jurídicas internacionales permitiendo que sus resoluciones tengan una incidencia en el proceso de creación de normas que garantiza la igualdad en las relaciones internacionales en la creación de normas para que no exista un Estado dominante que imponga su posición a los demás y que los procesos de discusión al interior de dicho cuerpo político no establezca un resultado formalmente previsible. Estos dos puntos son fundamentales para la consideración de las resoluciones declarativas de derechos humanos relacionado con la expresión formal de los Estados de adoptar un instrumento no vinculante jurídicamente.

Los derechos humanos considerados en el contexto de la Asamblea General, al modificar el ejercicio del poder político en los diferentes contextos lo que hace que las relaciones de los derechos humanos y los gobiernos impliquen, en un primer punto, las decisiones en lo que respecta a la formulación y adopción de los principios, normas y procedimientos para la protección de los derechos humanos; en segundo lugar, la relación política significa la posición que pueden tener un Estado específicamente sobre las violaciones de derechos humanos en otro Estado.

Si bien el primer aspecto que hemos señalado se relaciona con las negociaciones políticas al interior del Estado, lo que incluye aspectos estructurales necesarios para la aplicación real de dichos derechos mientras que el segundo aspecto tiene otras implicaciones. La mención en ocasiones de un «doble estándar» en ciertos cuerpos

políticos al interior de las Naciones Unidas, en donde se espera que ciertos países cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos mientras que ellos mismos no lo hacen aunque se espera que el manejo de las relaciones internacionales se lleve en un plano de negociación de los intereses políticos, los derechos humanos involucran a una comunidad mucho mayor de personas, no siempre manifestadas en el marco de las Naciones Unidas, lo que ha llevado a la consideración de los derechos humanos como una fuerza retórica internacional que parece no tener problema alguno *a priori*, es decir, en gran medida es central, incontestable e inevitable. Son afirmados por casi todos los Estados de forma general. En este sentido, es de vital importancia el traducir el idioma de los derechos que domina los textos de las declaraciones y tratados internacionales, en una serie de cambios estructurales institucionales en los foros de decisión internacionales, principalmente mas no únicamente, la Organización de las Naciones Unidas, acompañado de la instancia moral que implican los derechos humanos.

Por lo anterior podemos tener ciertas conclusiones hasta este punto sobre el estatus jurídico de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas:

- (a) Si bien la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas no cumple con las formas tradicionales de creación de obligaciones internacionales, debemos recordar que los tratados internacionales no son la única manera de establecer derechos y obligaciones en el derecho internacional. Si se argumenta a favor de considerar la votación de los Estados al interior de la Asamblea General es necesario el considerar que dichas posiciones deben considerarse tanto en su forma, contenido y publicidad. Sin embargo, la cuestión formal de adoptar un instrumento no vinculante no debe considerarse como fundamental para el establecimiento de una norma consuetudinaria internacional de derechos humanos en tanto que si consideramos la estructura institucional de la Asamblea General no son coherentes las conclusiones; si consideramos la expresión formal únicamente se podría extender inclusive al derecho internacional general, poniendo en entredicho la representación y legitimidad política de la Asamblea General.
- (b) Del breve análisis de la presencia de los pueblos indígenas y sus representantes en la Organización de las Naciones Unidas, así como de las prolongadas discusiones sobre la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas,



podemos concluir que su presencia ha sido constante desde la creación de dicho organismo internacional, estableciendo ciertas prácticas y opiniones jurídicas comunes en distintos aspectos, donde dos de los más representativos los encontramos en la no discriminación y la libre determinación de los pueblos.

Se ha mencionado que normalmente la intención de los Estados, expresada en las votaciones de la Asamblea General deben tenerse en cuenta como indicadores de la existencia de una norma de derecho consuetudinario internacional o con base en otra norma establecida, por el contenido material expresado y el foro en el que se hace más allá de la expresión formal de instrumentos no vinculantes. Lo anterior no implica que las resoluciones adoptadas en la Asamblea General carezcan de consecuencias normativas.

Los Estados al interior de la Asamblea General pueden acordar ciertos estándares de conducta como criterios de derecho internacional. Las ventajas prácticas del *soft law* han sido ampliamente desarrolladas en la doctrina, aunque es necesario destacar que si nos centramos estrictamente en las consecuencias normativas tenemos que dichas resoluciones no son sólo aspiracionales sino que prohíben ciertas conductas a desarrollar en el futuro.

- (c) Si las declaraciones de derechos son, en cierta medida, obligatorias en tanto que prohíben el llevar a cabo ciertas acciones por parte de los Estados tiene otros riesgos. Especialmente si consideramos que la Asamblea General puede adoptar resoluciones obligatorias puede comprometer a dicho organismo político para posteriores avances y creaciones de foros para el desarrollo de la práctica internacional posterior. La tensión entre la no obligatoriedad de las resoluciones de la Asamblea General y las ventajas de utilizar dicho foro parece de difícil clarificación, sin embargo, no debemos considerar que la representación, la legitimidad y la no obligatoriedad de sus resoluciones como irreconciliables entre sí.
- (d) Las anteriores consideraciones nos permiten decir que si consideramos analíticamente los procesos formales de toma de decisiones al interior de la Asamblea General y el contexto más amplio en donde ocurren nos permiten distinguir entre la no obligatoriedad de sus resoluciones y, al mismo tiempo, salvar la representatividad y legitimidad política de la Asamblea. Por lo tanto, los votos como expresiones formales no tienen en sí mismos un impacto inmediato sobre la costumbre internacional aunque las cuestiones sobre el

contenido y el apoyo al mismo que se elabora normalmente con la posición formal sí tiene un impacto para la formación del derecho consuetudinario internacional. La Asamblea General permanece como un foro donde se pueden articular estándares de conducta para las relaciones internacionales sin comprometer su continuidad institucional al entenderlo como derecho internacional de forma inmediata.

- (e) La distinción además permite entender el «doble estándar» de ciertos Estados sobre sus posiciones expresadas en los votos y la práctica real en sus relaciones internacionales y domésticamente. La visión aquí propuesta permite que los Estados se establezcan límites a sí mismos adoptando una posición respecto de la declaración de derechos, además de poder expresar su visión completa para un eventual desarrollo y contenido de las normas consuetudinarias, sin importar el poder de los Estados para dicho proceso formativo.
- (f) La posición que hemos adoptado sobre la declaración sobre los derechos de los pueblos en relación al derecho internacional consuetudinario, puede ser considerada demasiado conservadora y va en contra de las opiniones de varios especialistas en el tema, pero tiene la gran ventaja de que puede ser utilizada para la creación de nuevos instrumentos para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas evitando potenciales desacuerdos como los que retrasaron durante más de veinte años la adopción de la declaración por la Asamblea General, posición que además es acorde con lo establecido en el artículo 45 de la misma. Es decir, dicha visión no compromete una eventual discusión sobre la adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos sobre los pueblos indígenas sin los retrasos políticos que sucedieron durante la discusión de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Además, esta posición tiene la ventaja de que la utilización de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas como guía para la interpretación del resto de los derechos humanos reconocidos en el sistema universal, ha permitido el comienzo de un eventual desarrollo y cumplimiento de los mismos mediante procesos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales, aclarando el alcance y contenido actual de los derechos de los pueblos indígenas permitiendo que estos expresen su posición al respecto.

(d) Sin embargo, el contenido de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas tienen una relación directa con otros derechos humanos ya establecidos tanto en tratados internacionales como en principios jurídicos internacionales, el derecho consuetudinario y el *jus cogens*. Los Estados se encuentran inmersos en una complicada red de estándares para la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, donde el principio de indivisibilidad e universalidad depende en gran medida del compromiso que se tenga con los distintos cuerpos encargados para la protección e interpretación de los instrumentos jurídicos internacionales, así como por la construcción filosófica detrás de sus implicaciones. Esta situación permite el desarrollo de un litigio estratégico y voluntad de diálogo político de parte de los pueblos indígenas que ya ha tenido sus primeros esfuerzos en procesos regionales y estatales, lo que permite la construcción de nuevas maneras de consolidar lo público a nivel internacional y nacional.

## **SEGUNDA PARTE.**

Las reflexiones sobre la posición internacional a desarrollar por la declaración de derechos de los pueblos indígenas nos han llevado a considerar que los derechos establecidos en la misma han de ser considerados como una guía para la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas en términos generales, donde su eventual asimilación en la práctica permitirá la clarificación acerca de los contenidos y medios de protección de los mismos. Si reflexionamos sobre esta situación, es preclaro que los elementos expresados en la declaración respecto de los derechos de los pueblos indígenas tienen otra dificultad que debe ser resuelta desde la teoría de los derechos, ¿cómo conciliar los aspectos marcadamente liberales de los derechos humanos con los reclamos y pretensiones articuladas por los pueblos indígenas en el plano internacional que tienen antecedentes completamente diferentes?

Asimismo, hemos mencionado que no todos los derechos que se reconocen a los pueblos indígenas en la declaración son normas establecidas en el derecho internacional, o por lo menos que la interpretación hecha por la declaración parece incluir nuevos elementos fácticos a las normas internacionales que pueden llegar a tener una contradicción en sus términos con otros derechos humanos. Las discusiones acerca de las protecciones colectivas de los derechos de los pueblos indígenas y sus posibles implicaciones negativas para con otros grupos vulnerables en su interior, primordialmente niños y mujeres, hacen patente la insobornable necesidad de elaborar un marco teórico de derechos coherente, donde se establezcan ciertos límites entre ambos. Esta cuestión no es baladí, en tanto que si se llegara a mostrar que ciertas de las provisiones establecidas en la declaración a favor de los pueblos indígenas contradicen normas internacionales de derechos humanos ya establecidas, existiría un problema de legitimidad de la declaración, en tanto que iría en perjuicio de otras personas y de los derechos humanos que les corresponden, lo que significaría una implosión en el concepto, los fundamentos y los objetivos de los derechos humanos.

### **III.1. Excursus sobre los derechos.**

Una primera dificultad a la que nos encontramos al hablar de derechos es que nos encontramos ante tantas afirmaciones de derechos como personas. La persistencia y gran diversidad en la que los derechos son utilizados comprende desde los movimientos sociales hasta las estructuras de gobierno; dicha perspectiva, responde al actual

entendimiento dominante de los derechos: los derechos delimitan qué acciones están permitidas y cuáles instituciones son justas.

La reflexión teórica moderna de los derechos ha sido entendida de forma general en dos funciones principales, tal como las identifica Eleftheriadis, la primer función implica la utilización de los derechos como instrumentos ordinarios para describir los resultados de procedimientos legales y, en segundo lugar, como declaraciones de razones que se deben tener en alta estima o consideración<sup>142</sup>.

De dichas dos funciones generales de los derechos es necesario notar que existe una cierta confusión de las especificaciones concretas de ambos caminos. Si los derechos buscan especificar que los derechos son los remedios a cierta situación jurídica, como sería el caso de un juicio y resolución del mismo mediante el esclarecimiento de una situación anterior, constituyendo un derecho o imponiendo una obligación; la reclamación para obtener un remedio de una situación específica no parece distinguirse claramente del entendido de los derechos como una razón que se debe tener en alta consideración y, al mismo tiempo, servir de base para la resolución de un conflicto jurídico calificado como tal.

La denominación y confusión de los derechos como cierto resultado de un procedimiento legal, “El legislador/juez/panel arbitral/Asamblea General de Naciones Unidas ha decidido que mi derecho es  $\emptyset$ ”, y como ciertas razones que se deben tener en alta consideración, “Tengo derecho a  $\emptyset$  y, por lo tanto, puedo hacer o dejar de hacer  $\emptyset$ ”, parece que se debe a una desafortunada denominación y que la misma puede ser rectificada.

En este sentido, una de las principales cuestiones a resolver radica en poder distinguir entre derechos y otros derechos que alegan otras personas, así como su extensión y contenido. El poder determinar un criterio para poder identificar claramente entre un derecho justificado y otras expresiones que intentan expresarse en la misma forma, se vuelve indispensable al referirnos a los derechos humanos.

---

<sup>142</sup> Sobre una breve descripción histórica de dichas funciones Cfr. ELEFTHERIADIS, Pavlos, *Legal rights*, Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 2-5. Sobre una historia sobre la irrupción del uso de los derechos en la Modernidad, como lo sería la obra de Francisco Suárez y su influencia en Hugo Grocio, Cfr. BRETT, Annabel S., *Liberty, right and nature: individual rights in the latter scholastic thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Ante las diversas afirmaciones de derechos que se nos pueden ocurrir parece que cierta categorización puede lograr sortear las ambigüedades y aclarar el qué debemos entender cuando nos referimos a los derechos. Al enfrentarnos a esta situación uno de los primeras objeciones que vienen a nuestra mente sería que las diferencias e inconsistencias entre las funciones de los derechos responde justamente a diferencias de los ordenamientos jurídicos estatales aunque dicha calificación parece ir en contra de todas las pretensiones de la teoría de los derechos y, específicamente, de la teoría de los derechos humanos en el plano internacional. En todo caso, para dar por cerrada toda posibilidad de una teoría general o tan siquiera la identificación general de ciertas funciones de los derechos, es necesario desarrollar ciertas ideas para saber si dicha objeción responde a una preocupación que vale la pena considerar o si dicha preocupación puede sortearse de alguna manera.

### **III.1.1. La forma de los derechos, las categorías de Wesley Hohfeld.**

Si se busca la delimitación significativa de los derechos el proceder más sencillo, al parecer, sería una delimitación descriptiva atendiendo a las formas que adoptan los derechos en la práctica jurídica común. Sin lugar a dudas, uno de los principales esfuerzos a la delimitación formal de los derechos es la teoría de conceptos jurídicos fundamentales elaborada por Wesley Hohfeld<sup>143</sup> que intenta solucionar en gran medida una cuestión técnica de lenguaje como es comúnmente utilizado en la práctica jurídica en sus enunciados centrales. El punto anterior es primordial remarcarlo, especialmente por la amplia bibliografía y comentario que ha provocado la obra de Hohfeld, lo que intenta el autor es el acomodar el amplio rango de usos que los juristas han hecho del término «derecho» y sus similares, más no buscaba una explicación completa o de «vida diaria» en las que puede ser utilizado el término<sup>144</sup>.

En la búsqueda de los elementos teóricos de los derechos, Hohfeld identifica cuatro componentes básicos de los derechos, a saber, el privilegio, la pretensión, el poder y la inmunidad. Cada uno de los componentes básicos tiene una conformación lógica propia, los cuales se conjuntan de maneras particulares para crear derechos complejos<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3ª ed., trad. de Genaro Carrió, México: Fontamara, 1995.

<sup>144</sup> Ver la Nota Preliminar hecha por Genaro Carrió a la obra de Hohfeld; *ibidem*, p. 7-21.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 47 y ss.

Los privilegios, que algunos autores también han denominado como libertades<sup>146</sup>, remarcan que el derecho-privilegio establece que su titular no tiene la obligación de realizar cierta acción. Por lo que el ejemplo más común que nos vendría a la mente sería el de una licencia, la cual permite a su titular tener el derecho-privilegio de llevar a cabo la acción amparada por la licencia. Si queremos exponerlo en términos lógicos, tenemos dos posibilidades que podemos expresar de la siguiente manera: “*A* tiene el privilegio relacionado con *B* para [no]  $\emptyset$ , si y sólo si *A* no tiene el derecho-pretensión de que *B* [no] haga o entregue  $\emptyset$ ”.

Las pretensiones las entendemos únicamente en sentido relacional, esto es, cuando el derecho-pretensión de un titular encuentra su correlación con la obligación de al menos un deudor. Lo que distingue al titular del derecho-pretensión del obligado por la pretensión, es que la obligación está definida por aquello que se debe al titular del derecho-pretensión. Hohfeld se refiere específicamente a los derechos-pretensión como derechos en sentido estricto, parecido a ciertas posiciones de derecho subjetivo como se utiliza en una tradición jurídica continental. En términos lógicos, lo anterior sería “*A* tiene la pretensión para que *B* haga o entregue  $\emptyset$ , si y sólo si *B* tiene la obligación para con *A* de hacer o entregar  $\emptyset$ ”.

Los privilegios y las pretensiones constituyen lo que H.L.A. Hart denominó “reglas primarias”, que implicarían a las normas que requieren que las personas hagan o se abstengan de hacer acciones particulares. En este entendido podemos integrar toda acción física en términos de privilegios o pretensiones, en donde toda acción está permitida, requerida o prohibida. Los otros dos incidentes desarrollados por Hohfeld completan lo que Hart denominó “reglas secundarias”, que especifican las formas en las que los agentes pueden introducir, cambiar o alterar las “reglas primarias”.

El derecho-poder, uno de los dos componentes básicos, implica la facultad de alterar sus privilegios o pretensiones, ya sean propios o de un tercero, como integrantes de las “reglas primarias”, así como los componentes básicos de las “reglas secundarias”<sup>147</sup>, o lo que puede ser explicado como “*A* tiene el derecho-poder para  $\emptyset$  en relación con *B*, si y sólo si *B* tiene una responsabilidad de que su esfera jurídica sea modificada por el poder de *A* para  $\emptyset$ ”.

---

<sup>146</sup> STEINER, Hillel, *An essay on rights*, Oxford: Blackwell Publishing, 1994, p. 59-60.

<sup>147</sup> SUMNER, L.W., *The moral foundations of rights*, Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 31.

El último componente de la teoría de Hohfeld es el derecho-inmunidad, que se delimita en contraposición al derecho-poder, esto es, “*A* tiene el derecho-inmunidad si y sólo si *B* no es titular del derecho-poder para establecer un conjunto de normas que modifiquen los demás componentes básicos de *A*”.

Los anteriores componentes básicos fueron acomodados por Hohfeld en términos de opuestos y correlativos que, según su teoría, podían explicar la estructura jurídica de las formas de los derechos, utilizando una terminología jurídica común y otros términos *ad hoc* para su explicación<sup>148</sup>. Los opuestos pueden ser expresados de la siguiente manera:

- Si *A* tiene una pretensión entonces *A* no tiene un privilegio.
- Si *A* tiene un privilegio entonces *A* no tiene una obligación.
- Si *A* tiene un poder entonces *A* no tiene una facultad.
- Si *A* tiene una inmunidad entonces *A* no tiene responsabilidad.

Los correlativos fueron expresados de la siguiente manera:

- Si *A* tiene una pretensión entonces *B* tiene una obligación.
- Si *A* tiene un privilegio entonces *B* no tiene una pretensión.
- Si *A* tiene un poder entonces *B* no tiene responsabilidad.
- Si *A* tiene una inmunidad entonces *B* no tiene una facultad.

Si bien los componentes básicos identificados por Hohfeld pueden ser considerados como derechos cuando se encuentran por sí mismos, normalmente, dichos componentes básicos se conjugan de formas particulares para constituir derechos más complejos. En este sentido, las reglas primarias otorgarían ciertos derechos sobre *X*, esto es, el *privilegio* para usar/disfrutar/disponer sobre *X* y la *pretensión* sobre otros para que no usen/disfruten/dispongan sobre *X*. Sobre esas reglas primarias existirían otras secundarias que actúan sobre los privilegios y pretensiones sobre *X*, como lo sería el *poder* de modificar tu derecho-pretensión sobre *X* y la *inmunidad* sobre otros que modifiquen tu derecho-pretensión sobre *X*.

---

<sup>148</sup> HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, op. cit., p. 47.



Las construcciones complejas que pueden resultar del estudio de los derechos tal como fue elaborado por la teoría de Hohfeld implica una relación triádica<sup>149</sup>, esto es, entre una persona *A*, un acto descrito *O* y otra persona *B*. Hasta este punto parecería que no existen objeciones claras sobre el desarrollo teórico de Hohfeld aunque autores como Francisco Laporta se oponen a la utilización del término «derecho subjetivo», como lo emplea Hohfeld, para designar a los componentes básicos, en el entendido que la terminología propuesta por Hohfeld “puede confundir tipos de derechos con tipos de protección normativa que dispensa a los derechos”<sup>150</sup>. La objeción elaborada por Laporta parece responder a las funciones de los derechos que ya habíamos mencionado señaladas por Eleftheriadis, es decir, la utilización del lenguaje de los derechos para referirnos a los remedios jurídicos para situaciones específicas y como razones que se deben tener en alta consideración aunque, al interior de la postura de Laporta parece que su objeción responde a la limitación del catálogo de derechos humanos y su aparente “indeterminación”, como lo menciona James Griffin<sup>151</sup>.

### **III.1.2. Reflexiones acerca de la forma de los derechos.**

Centrándonos en la terminología elaborada por Hohfeld, así como las objeciones elaboradas por Francisco Laporta parecen responder a la perspectiva de que los derechos son algo diferente de las medidas de protección, y así poder defender su «universalidad», en tanto que el reconocimiento de los sistemas jurídicos particulares no es condición necesaria para su existencia y, en todo caso, sirven como fundamento para exigir que se implementen los medios necesarios para su efectividad, esto es, serían exigencias morales vinculantes con mayor fuerza que otras consideraciones y no puede renunciarse su titularidad aunque parece restringirse de manera considerable la utilización del término «derecho subjetivo».

Las objeciones que se pueden elaborar a la teoría de Hohfeld, menciona John Finnis, pueden referirse a cuestiones técnicas sobre la creación de los derechos y cuestiones

---

<sup>149</sup> Sobre interpretaciones de la teoría de Hohfeld como una relación triádica, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 204-210. También FINNIS, John, *Natural law & natural rights*, 2ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 2011, p. 199-201.

<sup>150</sup> LAPORTA, Francisco J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm.4, p. 27. (23-46)

<sup>151</sup> GRIFFIN, James, *On human rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008, versión Kindle.

filosóficas relacionadas específicamente con la función de los mismos<sup>152</sup>, esta última cuestión que analizaremos en el apartado siguiente.

Las objeciones técnicas a la teoría de Hohfeld giran específicamente sobre varias preguntas, ¿cuándo se entiende que existe un derecho en sentido estricto cuando se ha establecido la obligación de una cierta persona a cierta acción y a quién le corresponde dicho derecho? Esta pregunta hace referencia a la singularización de un individuo difuso, situación ante la que podemos adoptar diversas posiciones. La primera implica que la obligación de cierta persona *B* tiene un correlativo derecho en sentido estricto si se puede identificar a otra persona *A* como beneficiario de la acción o entrega de  $\emptyset$ . En este sentido, el potencial beneficio que le correspondería a *A* por el cumplimiento de la obligación de parte de *B*, implica que *A* tiene el derecho en sentido estricto sobre la obligación. La segunda alternativa es que una cierta persona *A* tenga el derecho correlativo a la obligación de *B*, sólo si *A* tiene el poder de modificar la esfera jurídica de *B* en caso de que no cumpla voluntariamente su obligación.

Estas posiciones fueron exploradas por H.L.A. Hart en un relevante artículo inicialmente publicado en 1955, en donde analiza específicamente el tema de las promesas para ver las consecuencias de las opciones anteriores relacionadas con problemas técnicos de las categorías básicas de Hohfeld<sup>153</sup>, arguyendo que la identificación de cierto beneficio a favor de una persona no implica que tenga un derecho, es decir, que no siempre existe una identificación entre el beneficiario de la obligación y el titular del derecho.

La nota que hace Hart a las posibles alternativas en la utilización técnica de los derechos y obligaciones, a nuestro parecer, resalta uno de los problemas al utilizar la teoría desarrollada por Hohfeld, esto es, que puede incluirse ciertos contenidos al interior de los componentes básicos e incluso formular construcciones complejas que no correspondan con ningún derecho legal reconocido.

Justamente por la dificultad anterior que se enfrentan las teorías descriptivas de los derechos<sup>154</sup>, específicamente considerar ciertas teorías que se han concentrado en el uso

---

<sup>152</sup> FINNIS, John, *Natural law & natural rights*, op. cit., p. 202-203.

<sup>153</sup> HART, H.L.A., "Are there any natural rights?", en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of rights*, 1ª reimpr., Nueva York: Oxford University Press, 2009, p. 81 y ss.

<sup>154</sup> Eleftheriadis señala algunas dificultades sobre las teorías descriptivas de los derechos tal como han sido desarrolladas en la filosofía jurídica analítica para optar por una opción constructivista;

del lenguaje para solucionar la mayoría –en algunos casos todos– de los problemas jurídicos. Lo anterior implica que toda filosofía del derecho, incluida la teoría de los derechos, debe considerar un amplio rango de acciones, creencias, disposiciones e intenciones que intentan ser explicadas no únicamente sobre la base de una “convergencia lingüística” sino en la consideración de los elementos de acción<sup>155</sup>.

### **III.2. La función de los derechos. Teorías del interés y de la elección o voluntad.**

Las dificultades de poder describir la forma de los derechos en el plano teórico ha derivado en afirmaciones con diferentes implicaciones acerca de los derechos, ya sea que los “derechos implican una pretensión válida”<sup>156</sup>, o que los derechos en su sentido más importante implican la “conjunción de una libertad [privilegio] con un derecho-pretensión”<sup>157</sup> o la imposibilidad de pensar los derechos sin ser susceptibles de ejercerlos<sup>158</sup> o entender a los derechos como “esencialmente derechos de propiedad”<sup>159</sup>.

Todas las afirmaciones anteriores giran alrededor de la reflexión de cuál es la función de los derechos, ante las dificultades a las que nos encontramos para describir su forma, lo que no lleva al segundo problema que mencionaba John Finnis, es decir, el aspecto filosófico que se encuentra en el trasfondo de la teoría de Wesley Hohfeld acerca del criterio unificador de los diferentes tipos de derechos o qué implica tener derechos.

Las implicaciones de los derechos han tenido dos respuestas que, *grosso modo*, pueden identificarse como la teoría de los intereses y la teoría de la elección o de la voluntad, con el punto de partida común de intentar explicar cuales son las consecuencias de los derechos para sus titulares. Ambas teorías han sido ampliamente desarrolladas y combinadas por lo que existe una bibliografía impresionante al respecto, por esta

---

ELEFThERIADIS, Pavlos, *Legal rights*, op. cit., p. 23 y ss. Explícitamente aborda las cuestiones de Hart sobre una filosofía del derecho descriptiva que no logra distinguir claramente entre los aspectos teóricos y consecuencias prácticas; Cfr. ELEFThERIADIS, Pavlos, “Descriptive jurisprudence”, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 5, 2011, p. 117-145.

<sup>155</sup> ELEFThERIADIS, Pavlos, “Descriptive jurisprudence”, op. cit., p. 136.

<sup>156</sup> FEINBERG, Joel, “In defense of moral rights”, en FEINBERG, Joel, *Problems at the roots of law: essays in legal and political theory*, Nueva York: Oxford University Press, 2003, versión Kindle.

<sup>157</sup> MACKIE, John L., “Can there be a right-based moral theory?”, en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of rights*, op. cit., p.169.

<sup>158</sup> HART, H.L.A., “Legal rights”, en HART, H.L.A., *Essays on Bentham: jurisprudence and political theory*, 1ª reimpr., Nueva York: Oxford University Press, 2011, p. 184.

<sup>159</sup> STEINER, Hillel, *An essay on rights*, op. cit., p. 93.

situación a continuación explicaremos brevemente cada una de las teorías basándonos en las teorías de autores que han tenido una incidencia muy relevante en el desarrollo de cada teoría: a Joseph Raz dentro de la teoría de los intereses y a H.L.A. Hart dentro de las teorías de la voluntad. La primera de estas teorías sostiene que los derechos establecen y aseguran cierto beneficio para las personas a través de disposiciones jurídicas que regulan las relaciones entre personas, reconociendo que los beneficios pueden ser variados, como económicos, materiales, morales, de libre actuación, etcétera. La segunda teoría establece que hablar de «beneficios» de poco sirve para acotar el funcionamiento de los derechos, por lo que al considerar las disposiciones jurídicas que imponen o cancelan obligaciones, así como las que establecen las condiciones de posibilidad para las mismas tienen como punto central el reconocimiento de ciertos aspectos de libertad que nos permiten hablar de un “soberano en pequeña escala”<sup>160</sup>.

Para Joseph Raz, las dificultades de las teorías de los derechos para poder explicar de forma escueta lo que son los derechos lo llevó a considerar los derechos desde una perspectiva más amplia relativa a la lógica de las disposiciones jurídicas y de los sistemas normativos. En énfasis del derecho como parte de la filosofía práctica lo lleva a diferenciar entre teorías de los valores –que comparan situaciones actuales y posibles para determinar lo bueno/malo, mejor/peor–, las teorías normativas –que presuponen ciertos elementos de valor y de ahí derivan ciertas proposiciones que las personas deben hacer–, y las teorías de la responsabilidad, –que establecen las condiciones en las cuales se puede reprochar o encomiar una acción a un agente determinado<sup>161</sup>.

Al intentar explicar las disposiciones jurídicas como razones para la acción, Raz delimita las razones simplemente como “hechos –en contraposición de creencias– significativas normativamente; ya que sólo estas determinan qué debe hacerse”<sup>162</sup>. Es justamente este aspecto donde la obra filosófica de Joseph Raz ha centrado uno de sus mayores esfuerzos, en explicar las distintas conexiones entre la acción, las razones que motivan a la misma y los valores asignados a dichas acciones<sup>163</sup>. En la profundización

---

<sup>160</sup> HART, H.L.A., “Legal rights”, op. cit., p. 183.

<sup>161</sup> RAZ, Joseph, *Practical reason and norms*, Nueva York: Oxford University Press, 1999, p. 11-12.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>163</sup> Claramente en RAZ, Joseph, “Agency, reason, and the good”, en RAZ, Joseph, *Engaging reason: on the theory of value and action*, 1ª reimpr., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 22-45.

acerca de las razones para la acción, Raz busca establecer razones «completas»<sup>164</sup>, específicamente para las cuestiones donde tenemos razones para actuar que se excluyen entre sí, para dichos efectos, distingue entre razones de primer grado y de segundo grado. Las razones de primer grado son aquellas que sirven como motivación para la acción cuando no existe ninguna institución o norma que haya dicho algo sobre dicho aspecto, las razones de segundo grado implican razones de las razones, por lo que normalmente aparecen en instituciones sociales o cuando ya existen normas establecidas<sup>165</sup>.

El derecho utiliza de las razones de segundo orden de manera especial, estableciendo normas que limitan las opciones a los sujetos en una situación específica donde normalmente se confiaría en razones de primer orden para su acción. La naturaleza autoritativa del derecho se relaciona con el establecimiento de normas, uno de los puntos que sin lugar a dudas ha tenido gran repercusión el pensamiento de Joseph Raz, es decir, la naturaleza del derecho implica el estudio de la autoridad y del establecimiento de un sistema jurídico.

Explicando la naturaleza de los derechos en términos de racionalidad práctica, Raz afirma que donde existe el derecho es necesaria una autoridad que regule comprensiva, suprema y abiertamente la vida de las personas a las que limita su comportamiento<sup>166</sup> sin que existan elementos distintivos de las normas como razones de segundo orden más allá de su aplicación sistemática por las instituciones en un sistema jurídico determinado.

La naturaleza práctica de las normas, entendidas como razones de segundo orden, implican tres tesis sobre su relación con la autoridad<sup>167</sup>. La tesis de la dependencia implica que todas las directivas autoritativas deben basarse, entre otros factores, en razones que se aplican a los sujetos de dichas directivas cuyas circunstancias están previstas en esas directivas, la autoridad se basa en estas razones dependientes que pueden incluir razones morales<sup>168</sup>. La tesis de la preferencia implica que el derecho

---

<sup>164</sup> RAZ, Joseph, *Practical reason and norms*, op. cit., p. 24.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 35 y ss.

<sup>166</sup> RAZ, Joseph, "The problem of authority: revisiting the service conception", en RAZ, Joseph, *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 127 y ss.

<sup>167</sup> RAZ, Joseph, "Authority, law, and morality", en RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, reimpr. ed. rev., Nueva York: Oxford University Press, 1996, p. 210-237.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 214.

refleja y reemplaza razones de primer orden, a través de razones preferentes de segundo orden en la forma de normas jurídicas. La tesis de la justificación normal establece que las personas normalmente están justificadas en seguir el derecho porque el mismo establece un balance correcto de las razones dependientes de primer orden. Las tesis anteriores intentan responder, por un lado, la aparente tensión que existe entre la racionalidad y el obedecer la autoridad, así como entender que el derecho reclama una autoridad moral para establecer la conducta de las sujetos acerca el como deben conducirse.

Aunque la autoridad del derecho es entendida en términos de las pretensiones morales reflejadas en el mismo y su papel a reemplazar las razones de primer orden de las personas en un sistema jurídico determinado, Joseph Raz enfatiza en su obra que toda disposición jurídica que reclame ser legítimamente moral no tiene ese carácter por su reclamo; asimismo, las consideraciones morales nunca implican condición de existencia o validez de las disposiciones jurídicas sino que los derechos sólo indican “la base que requieren una acción de cierto tipo, esto es, un aspecto de su bien estar que se relaciona con la obligación de otra persona”<sup>169</sup>. La exclusión de criterios morales en el derecho, un aspecto paradójico considerando su punto de partida en la racionalidad práctica, intenta salvarse con sus tesis acerca de la autoridad, en tanto que una directriz autoritativa significa la exclusión de razones dependientes, lo que incluiría razones morales de primer orden<sup>170</sup>.

La autoridad y contenido acerca de los intereses defendidos en su teoría de los derechos se relacionan con la imposibilidad de una persona de controlar todas las opciones posibles, por lo que la determinación del bienestar y su contenido sea difuso. Ante dicha situación, Raz da ciertos rasgos universales para el bienestar humano basándose en ciertos «impulsos innatos» que comprenden capacidades como el uso del cuerpo, la estimulación de los sentidos, uso de la imaginación, los afectos y otras actividades intelectuales que, si bien difieren de cultura a cultura, si se negara alguna de estas dimensiones no se podría hablar de «bienestar» en una cultura particular aunque Raz no desarrolla ni menciona a profundidad cuáles son ni qué implican dichos «impulsos innatos»<sup>171</sup>. El no desarrollar los «intereses» que se consideran como fundamentales

---

<sup>169</sup> RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, reimpr., Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 180.

<sup>170</sup> RAZ, Joseph, “Authority, law, and morality”, op. cit., *passim*.

<sup>171</sup> RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, op. cit., p. 371-372.

sobre los cuales puede fundarse un derecho parece ser uno de los principales vacíos, en tanto que pueden existir ventajas, ganancias o utilidades que no sirvan de elemento sustancial para los derechos.

La otra teoría que intentaremos reseñar brevemente es la elaborada por H.L.A. Hart. En términos generales, las teorías de la voluntad o de la elección argumentan que el propósito de los derechos es el otorgar a su titular el control de las obligaciones que otros le deben, por lo que los derechos tienen como principal objetivo el fomentar y proteger la autonomía individual.

Es justamente el grado de control de las obligaciones del otro es la cualidad que distingue al titular del derecho. Respecto de la posición de Hart, prefiriendo la teoría de Bentham sobre la de Hohfeld acerca de los derechos<sup>172</sup>, no se puede afirmar simplemente que los derechos son conjunciones de poderes con pretensiones sino que analizando la cuestión de las promesas<sup>173</sup>, menciona que cuando una persona *B* tiene la obligación de hacer  $\emptyset$ , tal vez exista una persona *A* en control de la obligación en tanto que puede dispensar su cumplimiento, pero el punto de análisis es que la persona *A* tiene un derecho cuando existen razones para mantener a *B* obligado a hacer  $\emptyset$ , razones que también sirven para mantener que el control o dominio de *A* es suficiente para librar a *B* de su obligación.

La teoría de la voluntad logra mostrar de forma bastante clara la importante relación entre los derechos y el control normativo, en tanto que los derechos implican la facultad de determinar lo que los otros pueden o no pueden hacer, es decir, ejercer cierta autoridad sobre un cierto conjunto de acciones<sup>174</sup>.

Algunas dificultades resultan del considerar el objeto del derecho como integrado por acciones, prácticas, hábitos, tradiciones y componentes discursivos, ya que si fuera así sería necesaria la investigación de dichos elementos sociales en un primer momento para poder identificar un «sistema jurídico». En este tenor, el derecho se identificaría por sus características o por ciertos elementos comunes y, en este punto, parecería existir una contradicción, ya que si el derecho –entendido como institución social– surge a partir de ciertos elementos sociales que han sido utilizados para dirigir la

---

<sup>172</sup> HART, H.L.A., “Legal rights”, op. cit., p. 162.

<sup>173</sup> HART, H.L.A., “Are there any natural rights?”, op. cit., p. 77-90.

<sup>174</sup> HART, H.L.A., *The concept of law*, 2ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 1997, p. 20-25.

conducta de las personas que implican el objeto del mismo, la teoría del derecho sería únicamente una reunión lexicográfica de ciertos rasgos sociales que han determinado la conducta de las personas en determinado momento histórico. Una teoría del derecho limitada a ese catálogo de unidades léxicas en la práctica social podría caracterizarse como un estudio de cualquier tipo excepto jurídico.

Si bien es imposible resumir aquí las implicaciones y críticas al «concepto [descripción]»<sup>175</sup> del derecho de Hart, si nos centramos en la teoría de la voluntad de los derechos, Hart reconoció las limitaciones de su teoría respecto de derechos que no pueden ser renunciados<sup>176</sup>, así como los derechos de personas con algunas formas de discapacidad o derechos de los niños e, inclusive, el tratamiento hecho por algunos tribunales constitucionales que tratan ciertas libertades y beneficios como esenciales para el mantenimiento de la vida, la seguridad, el desarrollo y la dignidad humana.

La evaluación general sobre los derechos nos dan una perspectiva bastante multifacética acerca de los mismos aunque uno de los puntos comunes es que denotan cierta relación de justicia entre las personas entre las que se establece la relación. Los estados de naturaleza a los que se referían autores como Hobbes donde cada uno se encontraba libre de tomar lo que quería, nos imposibilita ha hablar de los derechos en el sentido relacional tal como ha sido desarrollado en este apartado. Si bien sería cuestionable el intentar recuperar el sentido «clásico» del derecho entendido como *ius*, es decir, como lo que es justo, la reflexión y conexión necesaria entre los derechos como expresiones de justicia descollan cuando nos referimos a los derechos humanos.

### **III.3. Derechos humanos.**

La idea general de los derechos humanos implica por un lado que son derechos, es decir, denotan una idea relacional o vínculo jurídico ya desarrollado, en cualquier plano legal. Por otro lado, los derechos humanos implican un contenido moral que intenta hacer frente a una serie específica de problemas humanos considerados como primordiales, además de ser considerados universales, aunque ya volveremos más adelante a este punto. Si consideramos los puntos que acabamos de mencionar, es claro

---

<sup>175</sup> Es diferente la descripción de un fenómeno a un concepto como construcción lógica, si bien los objetivos de Hart respecto del derecho son descriptivos, el utilizar la descripción como equivalente al concepto no nos parece del todo adecuado; *ibidem*, *passim*.

<sup>176</sup> HART, H.L.A., “Legal rights”, op. cit., p. 186 y ss.



que los derechos humanos por un lado un conjunto de pretensiones morales susceptibles a ser expresadas de forma jurídica<sup>177</sup>.

Dentro de las pretensiones morales, normalmente expresadas como los fundamentos morales de los derechos humanos, nos encontramos a la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad. No hay lugar a dudas de la plurivalencia de dichos términos en la utilización jurídica, política y ética, la separación analítica de dichos términos en los distintos campos de acción puede servir para entender las implicaciones de cada uno como se ha desarrollado teóricamente en los distintos ámbitos. Sin embargo, las dificultades parecen surgir al considerar las interacciones reales entre los distintos ámbitos.

Consideremos los distintos valores mencionados dentro de la filosofía práctica, si establecemos que dentro de una teoría de los valores, comparando posibles estados de las cosas actuales o posibles hemos identificado que la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad son los criterios éticos necesarios, es decir, que es *mejor* tener dichos valores que no tenerlos, el *bien* se ha determinado a partir de una serie de comparaciones.

Una vez que hemos identificado dichos valores como los criterios éticos necesarios, podemos establecer normativamente lo que las personas *deben* hacer, imponiendo ciertos requisitos de conducta sobre la conducta de las personas, lo que implicaría necesariamente la determinación de quienes deben realizar ciertos valores a través de la utilización de un lenguaje específico, estableciendo deberes, razones para la acción, reglas, normas, obligaciones y derechos.

El siguiente paso sería el establecer las condiciones para ascribir responsabilidades o encomio a las personas de acuerdo a los valores y elementos normativos establecidos. Uno de los elementos funcionales descansa justamente en este último punto, esto es, el poder determinar las responsabilidades de las personas a las que se les atribuía cumplir con un valor específico, lo que presupone en cierta medida el haber estudiado las consecuencias normativas en caso que se vulneren los valores básicos ya establecidos normativamente.

---

<sup>177</sup> ASÍS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos...*, op. cit., p. 19 y PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, 1ª reimpr., Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 217-218.

Filosóficamente podemos distinguir dichos elementos de racionalidad práctica que han sido desarrollados históricamente. Los tres elementos que identificamos de manera general parecen no significar problema alguno con traducirlos en materia de derechos humanos aunque al intentar establecer dichos valores universales que apliquen a todos los seres humanos por el simple hecho que ser humanos nos encontramos que la discusión toma otro cariz.

Los diferentes contextos en los que se utiliza la expresión «derechos humanos» parece implicar que el poder dilucidar su significado no desenvuelve todas las consecuencias éticas y políticas de los mismos<sup>178</sup>. El hablar de los derechos humanos y su pretensión de universalidad implica el poder establecer o reconocer una serie de valores comunes o estándares morales universales que sirvan de base para ciertos derechos fundamentales. Esta posición ha sido sin duda objeto de duras críticas, especialmente porque algunos entienden que dichos valores o estándares son imposibles de conocer o de existir y que no parece explicar los criterios existentes de derechos humanos ni de poder revisarlos<sup>179</sup>.

La crítica anterior ha provocado que muchos autores intenten explicar los derechos humanos a partir de cierta concepción política, tal como la que propone Joseph Raz, en la que los derechos humanos son identificables en tanto que son valores reconocidos como razón suficiente para poder basar un derecho en contra de aquellos que atenten contra dichos valores, como límites a la soberanía a través de criterios justificados moralmente<sup>180</sup>. Esta teoría busca explicar el porqué deben reconocerse ciertos derechos como límites a la soberanía que parece ser la marca distintiva de los derechos humanos en la práctica<sup>181</sup>.

Sin embargo, a identificación que hace Joseph Raz de los derechos humanos en estos términos, relacionándolos con su universalidad, lo llevan a decir que dichos derechos implicarían que las personas de la Edad de Piedra también tenían los derechos que se mencionan en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>182</sup>, por lo que menciona

---

<sup>178</sup> RAZ, Joseph, "Human rights without foundations", en BESSON, Samantha y TASIOULAS, John (eds.), *The philosophy of international law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 336-337.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 323-324.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 328-329.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>182</sup> RAZ, Joseph, "Human rights in the new world order", *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers*, núm. 9175, en [http://lsr.nellco.org/columbia\\_pllt/9175](http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/9175) consultado el 24 de marzo de 2014, p. 9

que una interpretación más acorde radica en considerar que los derechos humanos corresponden a todas aquellas personas que “viven hoy en día”<sup>183</sup>.

Una de las consecuencias de la caracterización política de los derechos humanos implica que no debemos interrogarnos especialmente sobre las diferencias entre los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente de otros derechos reconocidos legislativamente, cuestión que la teoría que basa a los derechos humanos sobre el aspecto compartido de la humanidad no explica. Los derechos constitucionales se identifican en tanto que están sometidos al control jurisdiccional constitucional y no al control legislativo, aunque el reconocimiento constitucional tampoco logra explicar todas las dimensiones de los derechos humanos, por lo que autores como James Griffin señalan que se debe atender también “a otras características de la práctica de los derechos humanos”<sup>184</sup> en el plano internacional. Sin embargo, este acercamiento tampoco logra desarrollar apropiadamente cuales son los elementos que los delinean en un primer momento, además de obviar que los derechos humanos son utilizados en muchos contextos, desde el control no convencional a través de organismos internacionales, para criticar las instituciones sociales en un contexto particular, para justificar rebeliones, para establecer reformas sociales y políticas pacíficas o para derrocar gobiernos autoritarios. Los diferentes contextos en los que son utilizados no se pueden distinguir por el simple hecho de decir que nos referimos a diferentes tipos de discursos, en tanto que si bien existe una distinción entre una proposición y un acto del habla podemos entender que si articulamos “Yo creo que es bueno tener el derecho humano a la vida”, dicha expresión puede exponerse también como “Es verdad que el derecho a la vida es bueno”, lo que implicaría que “El derecho a la vida es bueno”, lo que implicaría que es establecer cierta provisión para proteger la vida es bueno.

Expuesto en estos términos, parece que la reflexión sobre ciertos valores básicos no debe ser descartada de forma precipitada, tal como lo hace Joseph Raz. Ciertamente, parece que no existe ningún principio de racionalidad práctica que haya sido especificado como una regla moral que sea aceptado, en teoría o en práctica, por todos los seres humanos. Sin embargo, la consideración de ciertos valores básicos universales no implica la consideración de un juicio *a priori*, sino que enfatiza “una

---

<sup>183</sup> *Ídem.*

<sup>184</sup> GRIFFIN, James, “Human rights and the autonomy of international law”, en BESSON, Samantha y TASIOLAS, John (eds.), *The philosophy of international law*, op. cit., p. 344.

inclinación/tendencia y su correspondiente forma básica de bien humano”<sup>185</sup>, sin que esto implique que la participación de dichos bienes humanos básicos implique una realización particular determinada o que pueda ser exhaustiva en una acción o institución determinada.

A continuación mencionaremos ciertos bienes humanos básicos así como unos principios prácticos que pueden servir para la identificación, dentro de la racionalidad práctica de los elementos valorativos y ciertas premisas normativas que sirven para los derechos humanos. Somos conscientes que es necesaria la traducción de dichos bienes humanos básicos y principios de racionalidad práctica jurídicamente para poder hablar estrictamente de derechos humanos, aunque dichos elementos los mencionaremos más adelante, cuando hablemos de la especificación de los derechos de los pueblos indígenas, en tanto que los derechos colectivos e individuales que se mencionan en la declaración necesitan desarrollarse para comprenderlos como derechos humanos, aunque los bienes humanos básicos que desarrollamos a continuación nos servirán como base para el resto de la discusión.

### **III.3.1. Bienes humanos básicos de la racionalidad práctica.**

Ante las diversas dificultades de cuáles son los derechos que corresponden a las personas en sus distintas dimensiones y realidades, la racionalidad práctica del derecho parece ser un buen punto de reflexión sobre las condiciones de vida contemporáneas en la búsqueda de las dimensiones normativas básicas de las realidades sociales y políticas.

Al referirnos a la racionalidad práctica nos encontramos ante uno de los conceptos filosóficos que han sido ampliamente mal entendidos o incomprensidos tal como fueron ideados en la filosofía antigua y medieval<sup>186</sup>. Si bien podemos ver que las teorías elaboradas en la antropología y en la sociología tienen como principal objetivo el identificar ciertos elementos comunes de la praxis humana, como lo es el multiculturalismo y la antropología centrada en la cultura, sus conclusiones no pueden ser consideradas como «prácticas», en tanto que pretenden ser descriptivas de la realidad humana, la consideración de un saber práctico reside en que la elección de una

---

<sup>185</sup> FINNIS, John, *Natural law & natural rights*, op. cit., p. 84.

<sup>186</sup> FINNIS, John, *Fundamental of ethics*, Washington D.C.: Georgetown University Press, 1983, p. 2.

forma determinada de vivir no es un efecto secundario de la empresa intelectual sino que es el principal objetivo<sup>187</sup>.

Los «propósitos» o motivos subyacentes en una acción se pueden distinguir de aquello que racionalmente nos interesa para actuar, es decir, el «bien» que se intenta conseguir. Por lo que si queremos satisfacer ciertas inquietudes estéticas consideradas como un «bien», se crea una instancia para dicho «bien» a través de acciones determinadas, como sería leer una novela aunque dicha acción no agota las posibilidades por las que podemos satisfacer nuestros intereses estéticos.

El derecho y la ética debe presuponer ciertos elementos primarios objetivos, es decir, ciertos bienes universales para el ser humano para después considerarlos en su relación con las acciones y decisiones de las personas para obtener dichos bienes humanos. En ese sentido, tal como fue identificado por Aristóteles, uno no persigue la verdad por «su propio bien» ni con el único objeto de conocer la verdad, sino para que las acciones, elecciones y el estilo de vida por completo sean valiosos o buenos<sup>188</sup>.

Una las principales objeciones a las formulaciones de la racionalidad práctica radica en la supuesta necesidad de preconcebir la naturaleza humana para determinar las premisas normativas<sup>189</sup>. La filosofía de la Modernidad intentó «liberar» al ser humano de su propia naturaleza provocando una división<sup>190</sup> que perdura hasta ahora, esto es, que únicamente aquello susceptible de ser descrito teóricamente como realidades externas tiene naturaleza, como los animales, obliterando la realidad práctica de la ética que Aristóteles consideraba también necesaria para poder hablar de una completa descripción del ser humano, por lo que “epistemológicamente, (el conocimiento de) la naturaleza humana no es la ‘base de la ética’ sino que la ética es preliminar e indispensable para el conocimiento completo de la naturaleza humana”<sup>191</sup>. Actualmente las construcciones teóricas sólo se refieren a las realidades externas que conforman al ser humano, es decir, a la cultura; mientras que la reflexión sobre las acciones y razones prácticas son ajenas en un primer estadio reflexivo de los asuntos humanos.

---

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 5 y ss.

<sup>188</sup> *Ídem*.

<sup>189</sup> GRISEZ, Germain, BOYLE, Joseph, FINNIS, John, “Practical principles, moral truth, and ultimate ends”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 32, 1987, p. 102.

<sup>190</sup> DRURY, Shadia, *Aquinas and modernity: the lost promise of natural law*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2008, p. 143.

<sup>191</sup> FINNIS, John, *Fundamentals of ethics*, op. cit., p. 21.

Si nuestros «propósitos» están destinados a obtener un «bien», no puede existir una regresión infinita acerca de los bienes que buscamos conseguir. Las razones últimas subyacentes en todo acto humano, se han calificado como «bienes básicos» y proveen las bases de la racionalidad práctica. Es necesario advertir en este punto que si bien nos referimos a acciones racionales, es innegable el aspecto emocional que conlleva toda acción, aunque la dimensión racional se refiere a la persecución de un «bien» inteligible y el aspecto emocional se refiere a la asociación psicológica con una acción concreta e imaginable. El «propósito» para perseguir una acción concreta e imaginable, es decir, establecerse una «meta»<sup>192</sup> por determinados gustos, v.gr. leer un determinado autor sobre otro o comer una determinada comida, aunque en este segundo caso, la comida es instrumental para un determinado bien –alimentarse–, para poder disfrutar de la vida manteniendo los ritmos biológicos –la vida, sociabilidad–.

Es preciso no confundir una «meta», relacionada con ciertos gustos concretos, del proceso racional para su consecución. Este último indica una concatenación de actos para obtener un bien instrumental que se desea, distinción que nos permite identificar al juicio práctico –el proponer y moldear la acción sobre lo que debe ser o hacerse– y la elección de la acción concreta y determinable –elegir hacer o no algo y cierta cosa sobre otra–, el juicio plantearía las razones por las que se podría elegir un «bien básico» y la voluntad de obtener dichos bienes básicos.

Resumiendo, un agente «elige» al tener la voluntad de hacer una cierta acción, dicha elección incluye ciertos «intereses» actuales o potenciales para obtener un beneficio, al sopesar dichos «intereses» y decidirse tiene la «intención» de llevar a cabo una acción determinada<sup>193</sup>. Aunque sobre dicha construcción persiste la duda de cuáles son los «bienes básicos», duda que puede ser resuelta al preguntarnos “¿por qué hacemos eso?” y “¿por qué deberíamos hacer eso?”, al reflexionar sobre cada interés que tenemos, resulta una lista de bienes básicos<sup>194</sup>:

---

<sup>192</sup> Cabe mencionar que la clasificación y nomenclatura sólo tiene fines analíticos; GRISEZ, Germain, BOYLE, Joseph, FINNIS, John, “Practical principles, moral truth, and ultimate ends”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 32, 1987, p. 104.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 106 y ss.

<sup>194</sup> Provisión hecha por Tomás de Aquino respecto de diversos bienes humanos prácticos comunes, incluían la auto preservación, la procreación y cuidado de la descendencia, así como conocer a Dios, buscar el conocimiento y vivir en sociedad sin ofender a los otros; en DRURY, Shadia, *Aquinas and modernity: the lost promise of natural law*, op. cit., p. 136 y KONYNDYK DeYOUNG, Rebecca, McCLUSKEY, Collen, DYKE, Christina van, *Aquinas's ethics: metaphysical foundations, moral theory and theological context*, Indiana: Notre Dame University Press, 2009, p. 70-109. La lista aquí copiada es

Bienes sustantivos, compartidos por todas las personas antes de perseguirlos deliberadamente<sup>195</sup>: (a) como seres y sustancias orgánicas, la vida, misma que implica la salud y seguridad; (b) como agentes dotados de razón, con capacidades para conocer y sentir, el conocimiento y la experiencia estética; y, (c) como seres racionales para expresar significados y servir a propósitos, la diversión y el trabajo.

Bienes reflexivos, elegidos por los agentes mediante la deliberación y la elección: (d) el vivir en armonía y paz con los otros, que puede ser entendido como amistad o sociabilidad; (e) la posibilidad de poner en marcha nuestra inteligencia para tomar decisiones y elegir nuestras acciones, que en un sentido interno implicaría la reflexión sobre nuestras emociones y elecciones en paz con nosotros mismos como un acto reflexivo; y, un sentido externo, que implica que nuestras acciones puedan ser ejecutadas involucrando “la libertad, razón, integridad y autenticidad”<sup>196</sup>, es decir, nuestra racionalidad práctica; y, (f) la búsqueda de un significado omnicomprendivo de nuestra razón de ser, es decir, nuestra espiritualidad o religión.

Si bien la identificación de dichos bienes básicos que suenan razonables para cualquier persona no agotan todas las formas de autodeterminación y autorrealización personal ni la combinación infinita de posibilidades entre dichos bienes básicos. Un aspecto de estos bienes básicos aquí indicados, tanto individual como colectivamente, es que son inconmensurables, en tanto que parece referirse a una cuestión cuantitativa lo que implica que debe existir un criterio para medir objetivamente la cantidad, cuestión imposible inclusive entre los distintos métodos de cuenta, v.gr. “no tiene sentido el intentar comparar los criterios para determinar el volumen de una figura con los números cardinales”<sup>197</sup>. Además de considerar que dichos bienes nunca alcanzan una completa realización –el decidir una acción libremente no agota la libertad– sino que es necesarios participar de dichos bienes a lo largo de la vida para poder hablar de bienestar. Aunado a su inconmensurabilidad, es de destacar el carácter positivo de dichos bienes básicos, es decir, que constituyen razones para actuar a diferencia de otros

---

una lectura más sutil y sofisticada de dicha provisión, Cfr. GRISEZ, Germain, BOYLE, Joseph, FINNIS, John, “Practical principles, moral truth, and ultimate ends”, op. cit., p. 107-108 y FINNIS, John, *Natural law & natural rights*, op. cit., p. 86 y ss.

<sup>195</sup> GEORGE, Robert P., *Making men moral: civil liberties and public morality*, 1ª reimpr., Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 14.

<sup>196</sup> FINNIS, John, *Natural rights & natural law*, op. cit., p. 88.

<sup>197</sup> FINNIS, John, *Fundamentals of ethics*, op. cit., p. 87.

motivos básicos, como el placer o el dolor que no implican por sí mismos una razón para actuar.

Aunque parece no resolverse del todo que si dichos valores básicos no son intuiciones y son principios de racionalidad práctica auto-evidentes, cuál es la información a nuestro alcance para el conocimiento de dichos bienes. El camino seguido fue el considerar las acciones y buscar las razones para actuar que se concretan en la integridad de los bienes básicos mencionados y que se actualizan en los actos particulares. Además, la consideración de dichos bienes básicos como instrumentales<sup>198</sup> –caso evidente en algunas argumentaciones acerca de la verdad de los bienes básicos– implicaría que dicha teoría hipotética presupone la bondad de conocer dicha «verdad» (que la verdad es instrumental), lo que nos llevaría a concluir que la búsqueda de conocimiento es un bien básico.

El que los bienes básicos aquí mencionados sean identificados en la racionalidad práctica, implica que las personas actúan sin que su realidad interna esté determinada por los elementos dados culturalmente. Lo anterior no implica que cada vez que actuemos tengamos en mente dichos bienes básicos, concentrándonos en el beneficio específico, v.gr. nuestra meta ganar un premio no implica que nos tengamos que interrogar a nosotros mismos del “¿para qué?” regresivamente.

Hemos remarcado que los principios de racionalidad práctica no se refieren a la verdad de manera correspondista como en los conocimientos teóricos, sino que el «ser» de la racionalidad práctica radica en que dichos principios «deben ser» y en ese sentido, una proposición práctica es “verdadera en tanto que anticipa la realización de aquello que es posible a través de la actuación de conformidad con tal proposición y dirigiendo la acción en ese sentido”<sup>199</sup>. La participación en los bienes básicos no presupone que se dejen a un lado las capacidades e inclinaciones acordes a los funcionamientos orgánicos del ser humano sino que la participación en dichos bienes implica cierta consecución de los motivos y propósitos de la acción libre que depende en esa racionalidad práctica.

Uno pensaría que las posibilidades de vida plena deben hacerse autónomamente desde la individualidad de cada uno, a la usanza liberal, aunque pensemos el caso de un agente

---

<sup>198</sup> GRISEZ, Germain, BOYLE, Joseph, FINNIS, John, “Practical principles, moral truth, and ultimate ends”, op. cit., p. 113.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 116.



cuyo propósito es establecer un régimen político en el que las personas se sometan irremediabilmente a él, dicho «bien» u «objetivo», que bien pudo haber sido planteado autónomamente, necesitaría una aclaración justificación posterior que los bienes básicos no necesitan. Asimismo, el desarrollo –y no su creación *ex nihilo*– de los bienes básicos de alguna manera anticipan la posibilidad de llevar una vida plena ya que dichos bienes y sus concreciones son en sentido estricto *necesarias* para la vida plena, ya que implican necesariamente una relación positiva de uno con otro en la participación de dichos bienes básicos, v.gr. uno busca el conocimiento aunque sólo en la medida en que uno se interesa en conocer cierto aspecto particular de la realidad se puede comprender que el conocimiento es un bien a ser obtenido, por lo que no se consideran dichos bienes como meramente hipotéticos.

Las consideraciones anteriores nos llevan a considerar otro principio de racionalidad práctica: “el bien debe hacerse y el mal evitarse”<sup>200</sup>, lo que implicaría que las acciones humanas no deben tender únicamente a satisfacer deseos banales sino que deben tener un sentido, lo que no previene que algunas acciones sean hechas egoísticamente o por motivos veleidosos sino que una vez que somos conscientes de dicha circunstancia, sean cambiadas. Este principio no implica que las acciones malas no tengan un propósito sino que justamente se persigue cierto objetivo con el fin de obtener un «bien», v.gr. torturar a alguien como instrumento para conseguir la seguridad y bienestar de otros; en este sentido, sería claro que se tiene un «bien» en mente, garantizar la seguridad propia y de otros, y se crean instancias concretas para conseguirlo a través de la acción, la tortura, por lo que resulta que el principio “el bien debe hacerse y el mal evitarse” se encuentra también en estos «razonamientos».

Aunque el tipo de acciones antes descritas tienen un sentido o motivo, es necesario explicar porque dichas acciones son inmorales y no tienen sentido racionalmente. El establecimiento de una meta, sintetizando un único bien básico sacrificando todos los demás bienes básicos, descarta que las acciones morales responden a los criterios de racionalidad práctica en tanto que tienen un propósito, –en el caso concreto sería la seguridad propia y de otros–, iría en contra de la propia razón práctica en tanto que dichos bienes básicos sirven para beneficiar y relacionar a uno con otro, dichos

---

<sup>200</sup> DRURY, Shadia, *Aquinas and modernity: the lost promise of natural law*, op. cit., p. 136

principios de racionalidad práctica sólo pueden ser alcanzados porque sirven tanto para uno mismo como para el otro.

En este sentido, los bienes básicos junto con los demás elementos señalados de la racionalidad práctica implicaría que (1) los bienes básicos deben ser buscados armoniosamente, (2) sin dar prioridad absoluta a alguno de dichos bienes básicos, (3) recordar que los mismos son bienes básicos para uno mismo y para todos los demás, es decir, no dar prioridad arbitraria a ninguna persona sobre otra, (4) recordar que la búsqueda de dichos bienes básicos nunca es realizable de modo absoluto, (5) reflexionar sobre las acciones concretas que se eligen para la consecución de dichos bienes y (6) nunca hacer una elección que vaya directamente en contra de alguno de los bienes básicos<sup>201</sup>.

### **III.4. Pueblos indígenas y Derechos humanos.**

#### **III.4.1. Primer acercamiento a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.**

Uno de los principales problemas ante los que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas es la consideración específica de su contenido y las implicaciones de su inclusión en el régimen internacional de los derechos humanos mencionado expresamente en el artículo 1º de la “Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”.

El análisis centrado en los derechos tiene dos puntos principales respecto los derechos de los pueblos indígenas, en tanto que la declaración en el mismo artículo 1º establece que “los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales...”. Frase sobre la cual se pueden hacer distintas interpretaciones acerca de las implicaciones jurídicas específicas, ya sea que el titular es una colectividad o si simplemente existe una base para el ejercicio colectivo de los derechos humanos reconocidos en el régimen internacional.

La cuestión principal que ha obtenido mucha atención, tanto en la práctica internacional, como en las negociaciones de la declaración y académicamente, se refiere a la «definición» de los pueblos indígenas, ya que hemos mencionado brevemente que

---

<sup>201</sup> Cfr. FINNIS, John, *Natural law & natural rights*, op. cit., cap. V; FINNIS, John, *Fundamentals of ethics*, op. cit., p. 75.

la lógica de los derechos implican una relación triádica a la que nos hemos referido como *A-Ø-B* y su expresión como pretensiones, privilegios, inmunidades o poderes. En este sentido, la transformación que han tenido los pueblos indígenas en el plano internacional desde la década de 1970 desde una “definición prosaica” al considerable empoderamiento de diversas colectividades humanas<sup>202</sup> implica cierta necesidad de delimitar quienes son los pueblos indígenas, aunque dicho concepto no siempre ha sido explicado en relación a la lógica de los derechos.

La cuestión de los derechos colectivos ha intentado ser explicada en tanto el ejercicio del derecho, esto es, si una entidad colectiva ejerce un derecho se entiende que dicho derecho es colectivo porque el bien protegido por el derecho es una especie de bien social en el que participan sus miembros. Sin embargo, esta cuestión no está libre de dificultades en tanto que podemos pensar en el derecho a la libertad religiosa que puede entenderse en términos individuales pero que poco sentido tendría sin una dimensión social, es decir, de poco serviría que se reconociera un derecho para practicar una religión solos en casa; asimismo, se puede reconocer el derecho colectivo de usar su propia lengua a un pueblo indígena, sin que esto implique que los miembros del pueblo indígena se puedan expresar libremente en otro idioma o el reconocer derechos de caza y pesca a un pueblo indígena no implica necesariamente que todo el pueblo tenga que ir a cazar y pescar para entender que dicho derecho está siendo ejercitado. Estas serán unas de las cuestiones que intentaremos comprender cuando nos referimos a los derechos colectivos, además de ver las implicaciones de entender los derechos colectivos de los pueblos indígenas como derechos humanos.

En las últimas décadas se ha prestado especial atención a las teorías de los derechos colectivos. La obra de Will Kymlicka, normalmente, ha sido presentada como una propuesta específica de los derechos colectivos aunque dicha lectura de su obra parece obviar que para el autor, hablar de derechos colectivos, Kymlicka se refiere a ciertos «derechos diferenciados en función de grupo»<sup>203</sup>, es decir, derechos de los cuales son titulares ciertos miembros de un grupo determinado por su pertenencia específica y no atribuidos al grupo mismo. La obra de Kymlicka, inmersa en la discusión política del

---

<sup>202</sup> KINGSBURY, Benedict, “Indigenous peoples in international law: a constructivist approach to the Asian controversy”, en CONNOLLY, Anthony J. (ed.), *Indigenous rights*, Surrey, Reino Unido: Ashgate Publishing, 2009, p. 3-5.

<sup>203</sup> KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona: Paidós, 1996, p. 71-78

multiculturalismo, es fundamentalmente una obra de teoría política aunque es claro que muchas de las reivindicaciones del multiculturalismo intentan ser expresadas en términos jurídicos, específicamente, a través del idioma de los derechos. En este apartado intentaremos centrarnos específicamente en las cuestiones jurídicas, desde la perspectiva de teoría de los derechos que venimos utilizando, aunque se tendrán que analizar ciertas cuestiones políticas tangenciales.

El análisis institucional que hemos hecho de la “Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas” y de la participación de los pueblos indígenas en Naciones Unidas debe completarse, por otro lado, con el análisis de los contenidos de la misma, específicamente por las referencia explícita que hace la declaración a los derechos colectivos que rompe con ciertos acercamientos a los derechos humanos centrados únicamente en la individualidad. Alexandra Xanthaki, analizando los borradores de la declaración incluso afirmó que “la esencia [...] es el reconocimiento de derechos colectivos indígenas”<sup>204</sup>, por lo que surgen dos preguntas principales: (a) ¿cuáles son las bases teóricas de los derechos colectivos?; y, (b) responder el porqué los pueblos indígenas tienen derechos colectivos reconocidos que no tienen otros colectivos.

Sobre las implicaciones y dificultades de los derechos colectivos como derechos humanos, James Griffin menciona que los derechos colectivos deben poder reducirse a derechos individuales para tener algún valor<sup>205</sup>; asimismo, Pavlos Eleftheriadis ha señalado ciertas dificultades para entender de qué se está hablando a partir de un análisis del derecho a no ser difamados de ciertos grupos religiosos a partir de resoluciones del Consejo de Derechos Humanos<sup>206</sup>. Ambas posiciones muestran las dificultades jurídicas actuales al referirnos a los derechos colectivos.

En este punto, tomamos como punto de partida para articular la discusión sobre derechos colectivos los criterios de racionalidad práctica y bienes humanos básicos que hemos desarrollado, aunque gran parte de la bibliografía de los últimos años ha optado por un camino diferente. Kymlicka parte del análisis de una concepción amplia del liberalismo, en donde las condiciones políticas de la vida plena de las personas debe

---

<sup>204</sup> XANTHAKI, Alexandra, *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Nueva York: Cambridge University Press, 2007, p. 107.

<sup>205</sup> GRIFFIN, James, *On human rights*, op. cit., versión Kindle.

<sup>206</sup> Cfr. ELEFTHERIADIS, Pavlos, “Human rights as legal rights”, *Transnational legal theory*, vol. 1, núm. 3, 2010, p. 371-392.

cumplir con dos condiciones previas: el dirigir nuestra vida de acuerdo a nuestras convicciones y la capacidad de reevaluar esas convicciones en cualquier momento<sup>207</sup>, basado en una conjunción valorativa entre la autonomía y la igualdad.

Para Will Kymlicka, cualquier construcción teórica que no esté basada en la tradición liberal es arriesgada, para lo que da ciertos ejemplos de la vida política, como la dificultad de que la Carta Canadiense de Derechos se aplique a los pueblos indígenas y, por otro lado, abogar para que sean los propios políticos y jueces indígenas los que decidan cómo se debe cumplir el derecho propio de los pueblos indígenas. Si bien la reflexión política sobre los instrumentos de análisis para la explicación de la aparición de movimientos indígenas y participación de los pueblos indígenas<sup>208</sup> es un aspecto importantísimo para la vida pública de los pueblos indígenas, a nuestro parecer no es el instrumento más adecuado para la valoración específica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin menospreciar las contribuciones de la tradición liberal al campo de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

A continuación esbozaremos el desarrollo teórico elaborado por Will Kymlicka, que ha sido seguido por diversos autores<sup>209</sup>, para establecer ciertas deficiencias que nos permitirán proponer otros aspectos teóricos de los derechos colectivos. Un punto primordial para entender el porqué Kymlicka prefiere hablar de derechos diferenciados en función de grupo en lugar de derechos colectivos, lo que se debe a su distinción doctrinal entre protecciones externas y restricciones internas.

Las protecciones externas son las pretensiones de un grupo en contra de la sociedad mayoritaria, mientras que las restricciones internas son las pretensiones del grupo en contra de miembros del mismo grupo. A lo largo de la obra de Kymlicka, se resalta que esta distinción es, al mismo tiempo, una distinción empírica y normativa, es decir, que resulta de ejemplos de la vida política de los Estados y sirve para establecer cuáles son los derechos que corresponden a los grupos diferenciados.

---

<sup>207</sup> KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural...*, op. cit., p. 119.

<sup>208</sup> GÓMEZ-REINO, Marga, "Un balance: sobre la aparición de los pueblos indígenas en las arenas políticas", en MARTÍ I PUIG, Salvador (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina: el reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Barcelona: Fundació CIDOB, 2007, p. 149.

<sup>209</sup> Torbisco Casals adopta primordialmente la posición de Kymlicka completándola con ciertos aspectos de la filosofía de Charles Taylor; Cfr. TORBISCO CASALS, Neus, *Group rights as human rights: a liberal approach to multiculturalism*, Dordrecht: Springer, 2006.

Como ya mencionamos brevemente, el centro de la teoría de Kymlicka es la consideración que la autonomía personal es el valor primordial que debe respetarse en una construcción jurídico política, por lo tanto, los grupos al proveer un contexto cultural rico para el desarrollo de la autonomía personal justifican la posibilidad de establecer derechos diferenciados en función de grupo. En este sentido, la protección de ciertos elementos culturales es necesario por el contexto favorable que establecen para la autonomía personal, dicho argumento estaría en la base tanto para la justificación de las protecciones externas como para la oposición a las restricciones internas<sup>210</sup>.

Sin embargo, en sus primeras obras Kymlicka reconocía ciertos casos difíciles en los que la distinción entre protecciones externas y restricciones internas no servía claramente para la solución de ciertas cuestiones<sup>211</sup>, aunque dicho entendido fue transformándose hasta afirmar que las restricciones internas no se encuentran justificadas en ningún caso, además de mencionar que las protecciones internas son ilegítimas si en lugar de reducir la vulnerabilidad en relación con la sociedad mayoritaria permitían que una minoría ejerciera dominio económico y político sobre otro grupo cualquiera<sup>212</sup>. Por lo que Kymlicka restringe la distinción de su primer obra mayor a afirmar que se pueden mantener ciertas protecciones externas que promuevan la igualdad entre grupos mientras se rechacen las restricciones internas que limiten el derecho de los miembros a cuestionarse o revisar las prácticas y autoridades tradicionales<sup>213</sup>.

Sin embargo, la distinción entre protecciones externas y restricciones internas no es tajante, es decir, se puede pensar que las regulaciones de tráfico y circulación con automóviles son una restricción interna si se imponen desde el interior del grupo aunque dicho criterio no corresponde con la intención de Kymlicka. Por lo que el criterio aceptable sería considerar únicamente aquellas restricciones internas que limiten la autonomía individual en sentido de vulneración de derechos humanos<sup>214</sup>.

En este punto, Ayelet Shachar analizando el caso de “Santa Clara Pueblo vs. Martínez” ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso donde se mantuvo la autonomía de

---

<sup>210</sup> KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural...*, op. cit., p. 195-196.

<sup>211</sup> KYMLICKA, Will, *Liberalism, community and culture*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 89 y ss.

<sup>212</sup> KYMLICKA, Will, “Western political theory and ethnic relations in Eastern Europe”, en KYMLICKA, Will y OPALSKI, Magda (eds.), *Can liberal pluralism be exported?: Western political theory and ethnic relations in Eastern Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 28.

<sup>213</sup> KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural...*, op. cit., p. 37.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 36.

los pueblos indígenas para determinar quienes eran integrantes del grupo basado en reglas que discriminaban en virtud de sexo, contrario a la pretensión de Julia Martínez<sup>215</sup>, señala que dicho fallo parece poder ampararse bajo la idea de «protecciones externas» tal como han sido elaboradas por Kymlicka, aunque como bien señala la autora, los aspectos externos no siempre son fácilmente distinguibles de los impactos internos<sup>216</sup>.

Las dificultades que señala Ayelet Shachar son adecuadas además de poder identificar otras dificultades del criterio elaborado por Kymlicka. La distinción fue establecida en relación con la sociedad mayoritaria para las protecciones externas, mientras que las restricciones internas fueron identificadas en relación con la minoría misma, por lo que parece un criterio pobre para poder identificar el contenido material de una disposición jurídica ya que la distinción descansa sobre un criterio empírico. Dicho criterio nos imposibilita de inicio el poder saber si una cierta disposición jurídica es externa o interna, específicamente cuando nos encontramos ante cuestiones de pertenencia a cierto grupo pero que incluso podríamos extender hasta a las medidas de autogobierno y otras formas de libre determinación para los pueblos indígenas.

Las cuestiones de ciertas construcciones políticas multiculturalistas descansa en el poder identificar ciertos criterios que permitan atribuir derechos a un grupo o colectividad. Anne Philips ha mencionado la situación problemática de considerar a los grupos desde una perspectiva estrictamente cultural porque en ocasiones parece implicar que se asume a la cultura como un elemento estático y permanente<sup>217</sup>.

Este misma crítica identificada por Bhikhu Parekh, lo lleva a enfatizar los medios de transformación al interior de los grupos, en contra de la idea estática de la cultura. Sin embargo, existe una tensión en el resto de la obra, intentando conjugar por un lado la transformación interna del grupo y, otra idea fundamental de la obra, que la diversidad de culturas es beneficiosa para toda la humanidad<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> SHACHAR, Ayelet, *Multicultural jurisdictions: cultural differences and women's rights*, Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 2004, p. 18-20.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>217</sup> PHILLIPS, Anne, *Multiculturalism without culture*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2007, versión kindle.

<sup>218</sup> PAREKH, Bhikhu, *A new politics of identity: political principles for an interdependent world*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008, p. 28-53.

Si bien las obras de teoría política que han abordado el tema del multiculturalismo y diversidad humana tienen muchos aspectos positivos, dichas teorías no siempre logran elaborar de la mejor manera las implicaciones de los derechos para las comunidades en sí mismas y bajo qué criterios. En este sentido han surgido otras obras que tratan específicamente en la cuestión jurídica de los derechos colectivos, aunque al respecto Courtney Jung menciona que los “grupos [indígenas] son creados, no existen de forma natural, por lo que sólo los derechos diferenciados en función de grupo –como los desarrolla Kymlicka– tienen sentido”<sup>219</sup>. Sin embargo, el entendimiento constructivista de las culturas implica que los objetivos de los derechos son, en cierto sentido, débiles; además de que esta teoría no explica como es que todo grupo o colectividad es construida, así como porqué una identidad construida debe tenerse en menor consideración que si fuera «natural».

En este sentido, si comparáramos el aspecto de la identidad construida de los grupos y consideráramos, por un lado, a un Estado y, por el otro, a un pueblo indígena no entenderíamos porqué uno de ellos debe tener preeminencia o porqué deben tener derechos o responsabilidades diferentes; lo que nos llevaría necesariamente a considerar un aspecto bastante oscuro de las teorías políticas y jurídicas: en virtud de qué se establece un Estado o cuando desaparece e, inclusive, el considerar si un Estado debe coincidir con ciertas unidades culturales<sup>220</sup> como bien lo podrían ser los pueblos indígenas. En este apartado no profundizaremos en este tema sino que estableceremos ciertos criterios mínimos para el reconocimiento de derechos a grupos y colectividades, además de considerar sus implicaciones con los criterios de racionalidad práctica del derecho.

Es necesario enfatizar el punto que acabamos de mencionar, ya que la consideración de los derechos humanos y su relación con los bienes humanos básicos de la racionalidad práctica modifican sustancialmente las posibilidades de los derechos colectivos, situación que no sucedería si nos decantamos por alguna teoría de los intereses o de la voluntad para delinear la función de los derechos.

---

<sup>219</sup> JUNG, Courtney, *The moral force of indigenous politics: critical liberalism and the Zapatistas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 282.

<sup>220</sup> FINNIS, John, “Law, universality, and social identity”, en FINNIS, John, *Intention and identity: collected essays*, vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 107.



### **III.4.2. Pueblos indígenas: cuestiones ontológicas.**

Uno de los presupuestos, aparentemente necesarios, para distinguir una teoría de los derechos indígenas, sería la cuestión ontológica de decir quién o qué significa ser indígena. Dicha empresa traducida al lenguaje de los derechos ha significado que en muchas ocasiones se haya intentado reducir a los pueblos indígenas a los intereses, voluntades o acciones individuales de los miembros que los componen.

Sobre la cuestión ontológica de los pueblos indígenas encontramos en el plano internacional distintas «definiciones» o «limitaciones conceptuales» de los pueblos indígenas<sup>221</sup> intentando diferenciar entre grupos o colectividades creadas bajo una forma legal y los pueblos indígenas como anteriores al Estado. Al respecto, es interesante mencionar ciertos aspectos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, dicho convenio fue una gran influencia para la «delimitación conceptual» de los pueblos indígenas en la negociación de la Declaración, que señala a los pueblos indígenas como comunidades con continuidad histórica anterior a la colonización, con una fuerte conexión territorial, así como instituciones políticas, económicas, sociales y culturales distintivas, mientras que los pueblos tribales se identificarían por una forma de vida distintiva, ciertas tradiciones y costumbres características, que se pueden reconocer o no legalmente. Para ambas delimitaciones de elementos «objetivos», se ha incluido el criterio de autoidentificación como un criterio subjetivo necesario para identificar a los pueblos indígenas y tribales. El Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización del Trabajo, analizando ciertas cuestiones en Argentina<sup>222</sup> reconoció que ciertos pueblos indígenas argentinos tramitaban su personalidad jurídica como asociaciones civiles, por lo que se recomendó al gobierno el reconocimiento de los pueblos indígenas como tales, ya que la asociación civil parece suponer la constitución de algo nuevo y no como reconocimiento de una realidad preexistente, haciendo referencia al fallo de un tribunal en la provincia del Chaco.

---

<sup>221</sup> Sobre un análisis de las distintas definiciones elaboradas en el Convenio 107 de la OIT, en el informe Martínez Cobos, en el Convenio 169 de la OIT, en el convenio constitutivo del Fondo Indígena, en el Banco Mundial, en la Organización de Estados Americanos, en el Banco Internacional para el Desarrollo y otras, Cfr. OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos...*, op. cit., p. 709-748.

<sup>222</sup> Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Organización Internacional del Trabajo, 77ª sesión, 2006, solicitud directa individual, Argentina, envío 2007.

Nos referimos a esta interesante recomendación en el marco del Convenio 169 porque, a nuestro entender, la asignación de una cierta forma legal no debe menoscabar el estatus de un pueblo indígena, es decir, que es independiente al fundamento de los derechos reconocidos para los pueblos indígenas aunque en el trasfondo se encuentran varias implicaciones sobre el objetivo del derecho. El reconocimiento de otros grupos a nivel mundial como «habitantes de las colinas», «campesinos», «comunidades pastoralistas», «agricultores itinerantes», «cazadores recolectores» y muchas otras, son términos utilizados en ocasiones como criterios para la identificación de pueblos «indígenas» y, especialmente en países asiáticos, se ha dado un reconocimiento legal a dicho estatus especial. Si nos centráramos únicamente en las cuestiones formales –que pueden incluir los criterios objetivos y subjetivos– para la identificación de los pueblos indígenas, sería difícil la asignación de derechos como los implicados en la declaración a dichos grupos. Es justamente en este punto donde la reflexión teórica de las colectividades o grupos, nos pueden ayudar a dilucidar ciertos aspectos de los derechos de los pueblos indígenas y, al otro lado del espectro, cuestiones sobre responsabilidad social corporativa que también tienen una especial relevancia para los reclamos de los pueblos indígenas. A continuación argumentaremos a favor de cierto estatus moral propio de las colectividades, más allá de los miembros que las componen, para justificar los derechos de los pueblos indígenas más allá del poder retórico que poseen en el campo político.

Si nos centramos específicamente en la cuestión filosófica de descubrir o elaborar una ontología de los pueblos indígenas, dicha empresa respondería a la forma de muchos trabajos académicos que intentan centrar un concepto inmutable como centro y alma del texto, la creencia que el establecimiento de un concepto inmutable nos permitirá desplegar todas sus consecuencias para tener una filosofía clara, distinta y unívoca siempre sigue el mismo camino, uno comienza preguntándose “¿qué es un pueblo indígena?” para poder establecer una escala de significación “pensamiento-verdad-razón-lógica-mundo”<sup>223</sup>, sin embargo, dicha forma de proceder ha sido ampliamente criticada y desarticulada por la filosofía continental del último siglo, una empresa que intente salvar los aspectos conceptuales de delimitar “¿qué es un pueblo indígena?” se enfrenta a dificultades filosóficas de mucho mayor envergadura<sup>224</sup>, nuestra

---

<sup>223</sup> PERETTI, Cristina de, *Jacques Derrida: texto y deconstrucción*, Barcelona: Anthropos, 1989, p. 32.

<sup>224</sup> Existen trabajos que buscan el sentido relacional de los derechos colectivos y no se centran en las cuestiones estrictamente ontológicas; cfr. YOUNG, Iris Marion, *Justice and the politics of difference*, op. cit.

reflexión sobre los derechos de los pueblos indígenas se centrará en el aspecto relacional, más allá de cuestiones meramente ontológicas.

Los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas no descansan en la posible definición inmutable de qué es un pueblo indígena sino en la correcta construcción y entendimiento de los pueblos indígenas como una comunidad política, con sus consecuencias jurídicas y fundamentos teóricos.

#### **III.4.3. Ciertos instrumentos teóricos en la obra de Ronald Dworkin sobre la comunidad política.**

La «comunidad» es un término que oscila entre la significación neutral, una serie de datos observables que llevan a reconocer su existencia, y la significación enfática nacida de la vivencia común como realidad supraindividual fundada en experiencias individuales. Normalmente, se ha argumentado que una colectividad existe por la interacción entre sus miembros durante un lapso de tiempo cualquiera en un contexto determinado, que distingue a los miembros del grupo de personas ajenas al grupo en base a dichas interacciones.

Sin embargo, el contabilizar las interacciones entre personas centrado específicamente en la conducta estable entre las personas siempre presupone un contexto determinado. Es justamente la dificultad de poder identificar plenamente las diferencias de lo que implica el «contexto determinado», lo que parece dificultar el hablar de derechos de los pueblos indígenas, en tanto que las circunstancias no ayudan a la identificación general de los pueblos indígenas, tal como se reconoció en el penúltimo párrafo del preámbulo de la declaración en donde se reconocen las diferentes circunstancias históricas de los pueblos indígenas alrededor del mundo.

Las dificultades de identificar a un grupo cualquiera únicamente en base a las interacciones entre sus miembros nos lleva a considerar que además de las interacciones posibles para la constitución de un grupo, también es necesario el tener un objetivo o propósito común. Sobre este punto, Ronald Dworkin delineó ciertos puntos sobre los que podemos argumentar más claramente sobre el estatus moral de las colectividades y de los grupos, aunque reconocemos que Dworkin nunca desarrolló a plenitud las implicaciones del reconocimiento de derechos colectivos de minorías o de pueblos indígenas en un sistema jurídico determinado.

Al comienzo de su obra “*Law’s Empire*”<sup>225</sup>, Ronald Dworkin habla de la “profunda personificación” de las comunidades, para lo cual utiliza el ejemplo de una orquesta como unidad de agencia, donde el éxito o fracaso de dicha comunidad dignifica el éxito o fracaso de cada uno de sus miembros.

Si bien el ejemplo es utilizado de forma metafórica para argumentar ciertas obligaciones especiales, es de destacar como la comunidad en su argumento tiene cierto valor analítico para diferenciar la acción social colectiva de las acciones individuales de cada uno de sus miembros. Las obligaciones especiales, que Dworkin califica como “fraternales”, las identifica en virtud de cuatro criterios: (a) que dichas obligaciones especiales aplican al interior del grupo; (b) son personales, en tanto están dirigidas para los miembros y no para la comunidad como tal; (c) dichas obligaciones especiales señalan la preocupación que existe por el bienestar de los otros integrantes del grupo; y, (d) asimismo, muestran una igual consideración y respeto para todos en el grupo. Analizando estas características, Dwight Newman menciona que estos cuatro criterios pueden ser resumidos a dos generales, una estructura de la comunidad y ciertos valores centrales a la misma, elementos que no son independientes el uno del otro y que denotan cierta colaboración viable y razonable entre los miembros<sup>226</sup>.

Para Dworkin, las obligaciones especiales derivadas de la asociación están estrechamente relacionadas con el argumento central del valor de la comunidad, esto es, la igual consideración y respeto para todos los miembros de una comunidad. El énfasis en los valores centrales de una comunidad como elemento primordial para su existencia tiene, como una de sus principales consecuencias, que las obligaciones especiales se legitiman sólo en tanto que la comunidad actúa de acuerdo al valor central de igual consideración y respeto.

Sin embargo, la teoría sobre la comunidad política desarrollada por Dworkin parece implicar que la responsabilidad de la comunidad para actuar de acuerdo al valor central sólo existe al interior de la misma. Esta cuestión primordial hay que tenerla en mente para su análisis posterior, cuando hablemos específicamente del bien común de la comunidad.

---

<sup>225</sup> DWORKIN, Ronald, *Law’s empire*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 167 y ss.

<sup>226</sup> NEWMAN, Dwight, *Community and collective rights: a theoretical framework for rights held by groups*, Portland, Or.: Hart Publishing, 2011, p. 43-44.

Otro de los elementos que no menciona Dworkin en su teoría es la cuestión del disenso interno respecto de los valores sobre los cuales procede la comunidad, aún concediendo que el valor central de igual consideración y respeto para los miembros no se cuestione, es una cuestión fundamental para el estudio de los derechos colectivos desde una perspectiva teórica. La cuestión que acabamos de mencionar toma una especial significación al considerar ciertas provisiones de la declaración de derechos sobre los pueblos indígenas, en tanto que el artículo 6° establece el derecho de los pueblos indígenas a tener una nacionalidad y si entendemos esta última como un criterio estructural para la inclusión de cierta persona en la comunidad política de un país, nos encontraríamos con que los individuos son a la vez miembros de un pueblo indígena y de un país determinado, con intereses cada comunidad que pueden llegar a entrar en conflicto.

Sobre el aspecto de la nacionalidad y los pueblos indígenas, se ha intentado dilucidar la existencia de una comunidad en virtud de cierta interacción entre individuos aunque normalmente no se especifica si dicha interacción debe ser considerada de forma cualitativa o cuantitativa. Asimismo, la delimitación espacial y otros elementos fácticos no pueden explicar la existencia de cualquier posible responsabilidad de la comunidad, por lo menos los argumentos tendientes a la identificación de dichas responsabilidades no puede descansar sobre dichos argumentos sino que es necesaria la consideración de ciertos valores, tal como lo señala Dworkin, para una posible fundamentación de responsabilidades o derechos.

Otros argumentos, como los desarrollados por Iris Marion Young, destacan que un “grupo consiste en una colectividad de individuos que establecen relaciones entre ellos porque sus acciones e interacciones están asociadas tanto al interior del grupo como con aquellos que están fuera o en los márgenes”<sup>227</sup> tampoco entra en conflicto con el análisis elaborado por Dworkin, sino que también señala como uno de los principios a las acciones, tanto individuales como grupales.

#### **III.4.4. Valores centrales de la comunidad.**

Si hemos resaltado que la existencia de ciertos valores centrales de la comunidad son necesarios para la consideración de los derechos colectivos, es necesario dilucidar en

---

<sup>227</sup> YOUNG, Iris Marion, *Inclusion and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 89.

cierta manera que implican dichos valores. Marlies Galenkamp menciona que un elemento necesario para poder hablar de derechos colectivos implica que exista una comunidad completamente constitutiva, esto es, que la identidad de los individuos esté determinada primordialmente por la comunidad<sup>228</sup>. Utilizando como variables valorativas a la comunidad y a la solidaridad, Galenkamp entiende que los derechos colectivos deben ser teóricamente completamente diferentes de los derechos individuales, por lo que la comunidad y la solidaridad, valores presentes en los derechos humanos individuales, no parecen servir de criterio suficiente para distinguirlos de los derechos colectivos<sup>229</sup> por lo que es necesaria la existencia de una comunidad constitutiva.

Sobre dicha posición, habría que considerar el porqué partir de un entendido preconcebido, tácito o explícito, de que los derechos individuales y colectivos deben tener fundamento completamente diferente, además de que la identificación de ciertos valores de comunidad y solidaridad en ambos tipos de derechos parece ser una razón mayor para el establecimiento de derechos colectivos y no para la limitación de los mismos, como lo propone Galenkamp.

Si aceptamos la posición de Dworkin de que la estructura no se encuentra en un plano completamente diferente de los valores centrales de la comunidad, tenemos que considerar la voluntad de pertenencia a una comunidad. En este punto, podemos entender que la voluntad puede ser para ingresar a una comunidad o para permanecer en ella. Este elemento ha llevado a Iris Marion Young a considerar que las comunidades donde se ingresa voluntariamente no definen la identidad de la persona como lo sería el ser navajo<sup>230</sup> o de cualquier pueblo indígena, sin embargo, el entender el papel de la voluntad de los individuos de esta manera da por supuesto que las comunidades voluntarias son completamente diferentes a las que uno no elige, aunque dicho argumento parece dificultar el criterio de autoidentificación de los pueblos indígenas, así como el posible ingreso de una persona que no haya nacido en un pueblo indígena a dicha comunidad. Además, el criterio de la voluntad como no definitivo de la identidad de las personas parece obviar ciertos casos donde la decisión individual transforma por

---

<sup>228</sup> GALENKAMP, Marlies, *Individualism versus collectivism: the concept of collective rights*, Rotterdam: Sanders Instituut-Gouda Quint, 1998, p. 174-176.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>230</sup> YOUNG, Iris Marion, , *Justice and the politics of difference*, op. cit., p. 46.

completo el entendimiento propio de una persona, como lo sería la adopción de una cierta religión siendo adulto, después de una vida de ateísmo.

Sin embargo, las relaciones entre los individuos y las distintas comunidades humanas significa una cuestión a resolver si queremos hablar de valores centrales de una comunidad. Sobre este aspecto, existen dos posibilidades: entender que los valores de una comunidad son en verdad la suma de los valores individuales de los miembros o determinar si los valores centrales de la comunidad se pueden entender en otros términos y establecer cuáles son estos.

Consideremos la primera posición. Si entendemos que los valores centrales de la comunidad son, en verdad, la suma de los valores individuales de sus miembros tenemos diversas consecuencias. Como una primera posible consecuencia tendríamos que mencionar que los cambios de los miembros de una comunidad conllevaría la modificación, incluso trivial, de los valores centrales de la comunidad. El entender así los valores centrales de una comunidad parece oscurecer ciertos de los reclamos que articularon los pueblos indígenas y que fueron plasmados en la declaración, consideremos los reclamos territoriales hechos por los pueblos indígenas por la situación de colonialismo interno que subrayaban los pueblos indígenas americanos, no se podría entender la continuidad histórica desde la conquista y la colonización si la colectividad se considera como la suma de los intereses individuales.

Asimismo, otra consecuencia de la consideración de que los intereses colectivos son la suma de intereses individuales implicaría que no existe motivo alguno para los derechos colectivos, en tanto que los derechos individuales reconocidos internacionalmente serían suficientes para la protección de los pueblos indígenas por proteger a los miembros de los mismos, en ese sentido, únicamente podría hacerse explícito que el régimen internacional de derechos humanos debe aplicarse a los pueblos indígenas aunque dicha posición fue explícitamente rechazada por los propios pueblos indígenas durante las negociaciones de la declaración.

Esta posición parece desconocer, o por lo menos no considera, todas las teorías sobre acción social que existen actualmente. Para poner un ejemplo de vital importancia para los pueblos indígenas nos referiremos a la no discriminación y a la prohibición del racismo. La eliminación, tanto en las teorías sociales como en los planos nacionales e internacionales, de la discriminación racial ha sido un esfuerzo permanente desde la

creación de las Naciones Unidas, al respecto, la Declaración y el Programa de Acción de Durban aceptado en la Conferencia Mundial contra el racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia aceptado en 2001 así como su reporte final de 2009<sup>231</sup> han marcado un cambio general sobre las perspectivas sobre el racismo, actualmente es difícil encontrarnos con alguna persona que explícitamente apoye cierta teoría racial, sin embargo, las acciones sociales, el prejuicio contra ciertos grupos en contextos determinados y, en general, las posibilidades materiales que tienen algunas personas nos permite afirmar que el racismo continúa siendo una realidad social<sup>232</sup>. En este sentido, la expresión de las intenciones individuales no corresponde con las realidades sociales consideradas en un plano más allá de lo individual.

Si la suma de intereses individuales no es una opción viable para explicar los fundamentos de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, es necesaria la valorar la opción de que los valores centrales de los mismos pueden ser explicados en otros términos.

Hasta ahora hemos utilizado ciertos elementos teóricos desarrollados por Dworkin para la comunidad política para entender ciertas aspectos de las responsabilidades y derechos colectivos, aunque según su teoría, el valor central que debe encontrarse en toda construcción teórica de la comunidad o su valoración de la igualdad desde el liberalismo es el tener igual consideración y respeto para todos los miembros de la comunidad. Para entender mejor el argumento elaborado por Dworkin, es necesario contextualizar un poco la tesis que desarrolló. La tesis de Dworkin fue elaborada, en gran medida, como una respuesta al libro de John Rawls “*A Theory of Justice*”, donde este último argumentaba a favor de una posición en la que tanto el gobierno como el derecho debían ser neutrales –por un criterio de justicia– sobre las diversas concepciones de bien o mal que tienen las personas. Dworkin intenta reformular la anterior teoría argumentando que no se debe fundamentar los acuerdos políticos básicos y el derecho sobre una concepción determinada sobre el bien, porque dicha situación implicaría la negación a las personas de una igual consideración y respeto en su “derecho abstracto”, es decir,

---

<sup>231</sup> Cfr. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Unidos contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, Nueva York: United Nations Publication, 2012.

<sup>232</sup> BOBO, Lawrence, “Prejudice as group position: microfoundations of a sociological approach to racism and race relations”, op. cit., p. 445-472 y LEVY PALUCK, Elizabeth y GREEN, Donald, “Prejudice reduction: What works? A review and assessment of research and practice”, *Annual Review of Psychology*, vol. 60, p. 339-367.



los derechos que les corresponden a todas las personas fuera de las consideraciones particulares sobre sus circunstancias, es decir, sus derechos humanos. Para Dworkin, los acuerdos políticos que no muestran una igual consideración y respeto son “aquellos establecidos y administrados por los poderosos, reconociendo o no, que tienen una mayor consideración y respeto por los miembros de una clase social determinada o por personas con talentos o ideales particulares que por otros”<sup>233</sup> y más adelante hace referencia al “gobierno” para incluir al derecho dentro de estas provisiones que no tienen igual consideración y respeto para con los otros<sup>234</sup>.

Sin embargo, su postulado acerca de la concepción liberal de la igualdad se enfrenta a varios problemas, especialmente por el uso que da al término «respeto». Si una persona juzga cierta acción humana como mala, lesiva o irrazonable, está manifestando una falta de «respeto» y «consideración» para con cualquier persona que pretenda hacer dicha acción, o por lo menos si se pretende prohibir la acción o la promoción de la misma por considerarse un desprecio a las acciones de los otros. La calificación de un juicio que condene cierto estilo de vida como «irrespetuoso» parece no hacer referencia a la intención de dicho juicio, en tanto que se puede buscar la prohibición de una cierta conducta por considerarla una forma de ayuda a la persona individual, como sería el caso de un drogadicto; si bien este último tipo de prohibición puede ser calificada como paternalista en caso que no distinga entre las implicaciones de un bien público y no público. Es justamente en esta distinción donde haremos énfasis, en tanto que dichos juicios basados en la consideración del bien público no se pueden considerar como «irrespetuosas», al tener como objetivo la protección de ciertas personas especialmente vulnerables.

Robert P. George, ha señalado ciertas debilidades del considerar como valor central de la comunidad la igual consideración y respeto para todas las concepciones de bien<sup>235</sup>, lo que señala que los intereses individuales restringen, en cierta medida, la persecución de ciertos intereses colectivos de una comunidad para buscar cierto “balance”<sup>236</sup>. Si nos

---

<sup>233</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, p. 181.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 272-273.

<sup>235</sup> GEORGE, Robert P., *Making men moral...*, op. cit., p. 85-93.

<sup>236</sup> Dworkin escribe al respecto: “If the Government *infringes* on a moral right (for example, by defining the rights of free speech more narrowly than justice requires), then it has done the individual a wrong. On the other hand, if the Government *inflates* a right (by defining it more broadly than justice requires) then it cheats society of some general benefit [...] that there us no reason it should not have [...]. The course

oponemos a la adopción de cualquier acuerdo básico político o jurídico porque refleja una cierta concepción de bien que va más allá del rango de actividades que puedan llegar a ser prohibidas jurídicamente, implica que si adoptamos una medida que refleje una igual consideración y respeto es reflejo de una cierta concepción determinada de bien –de tradición liberal no perfeccionista. Si las personas que consideran que cierto acuerdo político básico o jurídico refleja una concepción de bien determinada se oponen tajantemente a una medida, por considerarla «paternalista», moralista, etcétera, en ese caso están tratando sin igual consideración y respeto a aquellos que propusieron el acuerdo; y en caso que no prohíban tajantemente la medida «paternalista», que en un contexto político democrático sería lo mejor, los que propusieron la medida tampoco actuaron sin igual consideración y respeto.

Dworkin en su libro “*Taking rights seriously*”, parece proponer cierto entendimiento de los derechos humanos, aún los que se reconocen expresamente en la constitución, de manera proporcionalista, es decir, implica cierta cuantificación de preferencias personales excluyendo las preferencias que tenga dicha persona sobre los otros. Si bien tiene sentido excluir preferencias que aumenten el prejuicio, el odio o la discriminación, Dworkin señala que incluso las preferencias altruistas deben ser excluidas<sup>237</sup>. Aunque dicha afirmación fue reconsiderada posteriormente, aceptando la posibilidad de que ciertas preferencias que se preocupan por el bienestar de otros están justificadas<sup>238</sup>, argumentando que lo que en verdad estaba condenando eran los procesos políticos que asumen que el hecho de que las personas tengan dichas razones es parte de la moral pública que ellos favorecen<sup>239</sup>. Aunque el argumento, tal como lo elabora, parece dar a entender que el adoptar cierta medida restrictiva en el derecho surge en tanto que la opinión de la mayoría condena las consecuencias negativas que genera dicho acto<sup>240</sup>, aunque es claro que la opinión, de la mayoría o no, no es justificación suficiente de dichos actos.

Joseph Raz, elaborando un punto parecido al de Dworkin, señala que el derecho busca promover el bien y desalentar el mal, sin que esto implique que sea *per se* irrespetuoso

---

of the government is to steer to the middle [...]”; DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, op. cit., p. 198.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 277-278.

<sup>238</sup> DWORKIN, Ronald, “Do we have a rights to pornography?”, en DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, reimpr. Nueva York: Oxford University Press, 2001, p. 335 y ss.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>240</sup> DWORKIN, Ronald, “The principle forum”, en DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, op. cit., p. 33-71, especialmente p.68 y ss.

con aquellos cuya conducta restringe<sup>241</sup>. Dicha posición, desarrollada en relación con el principio del daño, después fue utilizada al tratar el tema del multiculturalismo, en el que mencionaba que la universalidad de la moralidad y la particularidad son complementarias y no antagonistas<sup>242</sup>.

Raz parece no salvarse de ciertas ambigüedades al referirse al multiculturalismo aunque fundamentalmente establece que el contenido normativo del multiculturalismo, es el permitir una igual oportunidad para el establecimiento y viabilidad de las culturas existentes en una sociedad, aunque dichas condiciones no son aplicables a países que reciben pocos inmigrantes de muchos sitios y que no son un número significativo o que dicho grupo no quiera mantener una identidad separada<sup>243</sup>. Si bien es preclaro que las comunidades políticas necesitan un lazo común, especialmente por la autoridad que se ejerce sobre ellos, se ha intentado reemplazar el nacionalismo estatal como único lazo común posible para el establecimiento de una comunidad política y es aquí justamente uno de los principales objetivos del multiculturalismo según lo entiende Joseph Raz.

Sin embargo, la identificación del multiculturalismo como un bien público ideal que hace Raz tiene ciertas interrogantes. Para él, el multiculturalismo liberal no se opone a la asimilación de un grupo cultural por otros siempre que el “proceso no sea coactivo, no surja de una falta de respeto por las personas y sus comunidades y que sea gradual”<sup>244</sup>. Sin embargo, la dificultad aquí radica en conciliar ambos postulados, por un lado, el número de personas que pertenezca a una comunidad debe ser considerable para poder establecer las medidas multiculturalistas y, por el otro, el respeto por las personas y sus comunidades en caso de asimilación.

Al respecto, Joseph Raz menciona que la educación en la lengua materna de los grupos culturales debe ser permitida y subsidiada por el gobierno de la misma manera en que son apoyadas las escuelas de la sociedad mayoritaria, en tanto que la educación forzada en ciertos términos y la adaptación corre el riesgo de menoscabar la dignidad de las personas y su respeto propio<sup>245</sup>. Sin embargo, parece que el criterio de respeto y consideración utilizado también por Joseph Raz falla, en tanto que no se justifica que si

---

<sup>241</sup> RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, op. cit., p. 412-419.

<sup>242</sup> RAZ, Joseph, “Multiculturalism”, *Ratio Juris*, vol. 11, núm. 3, septiembre de 1998, p. 204.

<sup>243</sup> RAZ, Joseph, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain...*, op. cit., p. 173-175.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 188; también RAZ, Joseph, “Multiculturalism”, op. cit., p. 200.

son pocos en número, quieran o no mantener su identidad propia, las medidas de protección de las culturas particulares no les son aplicables.

Hemos desarrollado las teorías que intentan establecer como criterio fundamental de los derechos y de los intereses colectivos con base al igual respeto y consideración para señalar ciertas debilidades que tienen las teorías. Otra argumentación que se ha seguido es el considerar al interés colectivo como elemento distintivo para la fundamentación de los derechos colectivos.

Al centrarnos específicamente en valores colectivos tendríamos dos posiciones, para Miodrag Jovanovic adopta una teoría que establece que la titularidad de un derecho depende de considerar el bienestar individual como valor último<sup>246</sup>, mientras que para Dwight Newman mantiene una posición que los derechos colectivos son, fundamentalmente, irreductibles en sí mismos<sup>247</sup>.

La teoría de Jovanovic se centra en el valor del colectivismo<sup>248</sup> para la fundamentación de los derechos colectivos, lo que implica que “una entidad colectiva puede tener un valor independientemente de la contribución al bienestar de los seres humanos individuales”<sup>249</sup>, posición que argumenta que es superior que aquella centrada en el individualismo, en tanto que puede servir de fundamento, con una mayor coherencia, de ciertos derechos colectivos, especialmente de grupos que no están organizados alrededor de los valores liberales de la autonomía y la tolerancia, dentro de los cuales incluye a los pueblos indígenas<sup>250</sup>.

Para Jovanovic el colectivismo se ha intentado refutar centrándose en tres aspectos, el primero es la ontología de las colectividades que ya hemos mencionado; el segundo es el intentar reducir los intereses colectivos en pretensiones individuales, reduccionismo que también ya mencionamos; y, como último camino, el entender que el grupo sólo tiene valor dependiendo del bienestar individual.

---

<sup>246</sup> JOVANOVIĆ, Miodrag A., *Collective rights: a legal theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 106.

<sup>247</sup> NEWMAN, Dwight, *Community and collective rights...*, op. cit., p. 60 y ss.

<sup>248</sup> Una posición similar, Cfr. XANTHAKI, Alexandra, *Indigenous rights and United Nations standards...*, op. cit., p. 13-39.

<sup>249</sup> JOVANOVIĆ, Miodrag, *Collective rights...*, op. cit., p. 46.

<sup>250</sup> Aunque no parece adecuada la caracterización de que los pueblos indígenas están, de cierta manera, en conflicto con la autonomía personal; *idem*.

No hay lugar a dudas que el considerar a las estructuras sociales como un todo orgánico, inmutable a través del tiempo que debe cumplir con su destino puede derivar en ciertas conclusiones infundadas, cabe mencionar la doctrina de Karl Larenz, cuya tesis de una sociedad organicista y racista como resultado necesario del *Volkgeist* lo llevó a unas conclusiones de antiigualitarismo, decisionismo y exaltación del *Führerprinzip* en la teoría del derecho del nacionalsocialismo<sup>251</sup>.

Sin embargo, la solución no es rechazar el valor del comunitarismo por ser ajeno a una tradición liberal, en tanto que la preexistencia de la comunidad política y social es un presupuesto de dicha doctrina. Si reafirmamos dicho valor genérico del comunitarismo, tal como lo hace Jovanovic<sup>252</sup>, establecemos que los posibles conflictos entre derechos colectivos e individuales dependerán de su “balance”<sup>253</sup> o de juicios de proporcionalidad, lo que no parece ayudar a resolver las preocupaciones de algunos liberales respecto de los derechos colectivos, en especial si se ha aceptado que las comunidades tienen intereses sólo en tanto que sirven al bienestar de sus miembros individuales.

La cuestión anterior no sólo tiene relevancia académica, en tanto que si adoptamos el valor genérico comunitario con Jovanovic, nos encontraríamos ante ciertas encrucijadas respecto de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. La profunda descripción metodológica de Jovanovic menciona que la teoría jurídica moderna, si bien también debe enfrentarse a los problemas de justificación de los derechos, dicha evaluación es indirecta o derivada de la práctica jurídica. En ese sentido, si consideramos las diferentes opiniones de los Estados sobre la declaración, así como reservas o declaraciones interpretativas en contra de los derechos colectivos por los posibles riesgos que significarían para los derechos individuales, dichas posiciones parecen minar el futuro de los derechos colectivos, especialmente por la consideración de que los fundamentos de los derechos colectivos se tratan indirectamente a través de la práctica jurídica. La teoría de Jovanovic parece menoscabar, en la práctica, los postulados básicos de su teoría.

---

<sup>251</sup> TORRE, Massimo la, *La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho*, trad. de Cristina García Pascual, Madrid: Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, 2008, p. 62-63.

<sup>252</sup> JOVANOVIĆ, Miodrag, *Collective rights...*, op. cit., p. 56.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 144-152.

Si nos centramos en los elementos de racionalidad práctica que hemos desarrollado, parece que hemos obviado una parte de la discusión, esto es, el requisito de imparcialidad entre personas y la participación de los otros en dichos bienes humanos básicos. Si nos centramos en los diferentes tipos de relaciones que pueden existir entre personas tendríamos, relaciones sensibles, que se centra en cuestiones biológicas y físicas; otro tipo de relaciones radica en el estudio del entendimiento o de los diferentes tipos de discurso; el siguiente tipo de relaciones se relacionan con lo útil o lo necesario, es decir, con obrar o laborar; y, como último, el plano que se encuentra estrictamente en la acción como racionalidad práctica<sup>254</sup>.

Si bien sabemos que “todas las acciones humanas están condicionadas por el hecho de que los hombres viven juntos”<sup>255</sup>, en las que la teoría política clásica remarcaba la parte discursiva y práctica como los dos elementos constitutivos de lo público, de la posibilidad política. La reducción de la política y, por lo tanto, de la esfera pública a las funciones específicas del interés social que se media con la satisfacción personal se encuentran de trasfondo de la discusión de intereses y bienes colectivos. De aquí que ciertas teorías, tal como la de Réaume en la que los intereses colectivos derivan únicamente de aquellos que son “participativos”, en tanto que si bien son disfrutados por los individuos, no es una situación exclusiva de los individuos<sup>256</sup>. Sin embargo, el trasfondo de la posible individualización de los bienes que entiende los intereses colectivos de este modo parece entrar en conflicto directamente con la propiedad colectiva de las tierras indígenas y su conexión espiritual con la misma, sabiendo que la tierra y el derecho de propiedad desde la tradición liberal ha sido uno de los intereses que tienen más fácil división.

Los bienes humanos son alcanzados a través de la acción, no únicamente requiere que se reciban los beneficios de un cierto estado de las cosas, necesita que se hagan ciertas acciones integral y auténticamente. El reconocimiento de la dimensión social nos lleva a considerar necesariamente que es necesaria cierta asociación que permita una coordinación completa que si bien incluye el desarrollo personal, o la autoconstitución o autorrealización como es denominada, pero se hace en comunión y compañía.

---

<sup>254</sup> Cfr. ARENDT, Hannah, *La condición humana*, 6ª ed., trad. de Ramón Gil, Barcelona: Paidós, 2011.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>256</sup> Cfr. RÉAUME, Denise, “Individuals, groups, and rights to public goods”, *University of Toronto Law Review*, vol. 38, núm. 1, 1988, p. 1-27.

A diferencia de las pretensiones del Estado Moderno, o el “monoteísmo de Estado” como lo llama Xanthaki<sup>257</sup>, no existe una comunidad política completa y autosuficiente. La existencia de diferentes grupos en determinados lapsos, permiten la identificación de ciertos objetivos compartidos que son perseguidos por la acción e interacción entre personas. El objetivo puede ser abierto o definido, lo que implica que siempre es necesaria cierta adaptación de la coordinación en vista de las contingencias. En ese sentido, las normas establecidas son del y para el grupo, en las que las autoridades ejercen sus facultades en el grupo y sobre el mismo; lo anterior nos permite afirmar que el grupo, las normas y la autoridad tienden a ir juntos.

En ese sentido, Charles Taylor elaboró una crítica a la teoría política liberal, intentando recuperar la noción aristotélica de la política como pluralidad de hombres que viven en el mundo, un cierto modo de *conditio per quam* existe la vida política y que parece relacionarse directamente con la expresión con la que los romanos se referían a la vida con la expresión *inter homines esse*. La autosuficiencia de la persona parece ser consecuencia de la reticencia de los autores liberales a “enfrentarse a ciertas cuestiones sobre la «naturaleza del hombre»”<sup>258</sup>.

Las construcciones teóricas del liberalismo no separan completamente al individuo del su contexto social, ya que se considera que existen ciertas “circunstancias de la justicia que pueden ser descritas como condiciones normales en las que la cooperación humana es posible y necesaria”<sup>259</sup>. La crítica de Taylor va en otro sentido, considerando que las capacidades y bienes humanos no surgen únicamente de un plan de vida configurado autónomamente por el individuo, ya que la vida considerada así deriva en un voluntarismo, en las que el plan de vida no tiene un valor propio sino derivado de que un plan de vida concreto a sido deseado y llevado a cabo concretamente<sup>260</sup>, ante dicha situación se entiende que existen capacidades que surgen por la existencia de la persona en el mundo con otros como agente moral.

Los autores liberales argumentaban que si bien las prácticas sociales existen, únicamente pueden calificar como morales las acciones que derivan de la elección individual acorde a la concepción liberal de la libertad y autonomía. En ese sentido, se

---

<sup>257</sup> XANTHAKI, Alexandra, *Indigenous rights and United Nations standards...*, op. cit., p. 19.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>259</sup> RAWLS, John, *A theory of justice*, op. cit., p. 109.

<sup>260</sup> TAYLOR, Charles, “Atomism”, en TAYLOR, Charles, *Philosophy and the human sciences*, vol. II, 3ª reimpr., Nueva York: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1990, p. 202.

argumenta que existen ciertos bienes que “por la naturaleza de las cosas, [sólo] pueden ser producidos de tal modo que beneficien [...] a muchos o a ninguno”<sup>261</sup>.

Además de la existencia de ciertos bienes sociales, las prácticas sociales aunque no tengan consecuencias morales directas, tal como las maneras en la mesa, proveen de un espacio interpretativo para toda acción moral y de ciertos horizontes autoritativos dentro de un cierto espacio y tiempo. La idea de un sujeto moral ínsito en una realidad social significa una obligación moral sin importar nuestras preferencias «creadas» individualmente. La afirmación de derechos naturales atribuibles a un sujeto en virtud de ciertas capacidades humanas esenciales implica no sólo la obligación moral de no interferir en el desarrollo de dichas capacidades sino también la promoción de dichas capacidades<sup>262</sup>, lo que se traduce en una obligación para con la comunidad.

El énfasis en la perspectiva de la comunidad que se generó en las diversas críticas al constructivismo liberal y libertario, se concentraban más en los efectos negativos que tiene el «atomismo» en la sociedad y en el entendimiento propio de la persona como ser social que sobre las cuestiones filosóficas estrictamente hablando. En ese sentido, existe la presunción de afirmar que “todas las culturas humanas que han inspirado sociedades enteras durante un período [...] tienen alguna cosa que decir a todos los seres humanos”<sup>263</sup>, pretensión que se toma únicamente como punto de partida y cuya validez “ha de ser demostrada concretamente a través del estudio real de la cultura”<sup>264</sup>. En este sentido, el papel otorgado a la comunidad significaría la existencia de una pluralidad de formas de entender el mundo que necesariamente deben convivir en un mismo espacio y tiempo, en las que ciertas pretensiones universales, como el liberalismo, han intentado imponerse como único canon frente a la realidad diversa.

La consideración del individualismo propugnado por el liberalismo provoca formas egoístas derivadas del ideal de autorrealización autónoma vacío de un contenido real. La fragmentación del discurso moral desde la Ilustración<sup>265</sup> se debe, en gran medida, a la

---

<sup>261</sup> TAYLOR, Charles, “La irreductibilidad de los bienes sociales”, en TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos: ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, 2ª reimpr., trad. de Fina Birulés Beltrán, Barcelona: Paidós, 2012, p. 177.

<sup>262</sup> TAYLOR, Charles, “Atomism”, op. cit., p. 195.

<sup>263</sup> TAYLOR, Charles, “La política del reconocimiento”, en TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos: ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, op. cit., p. 328.

<sup>264</sup> *Ídem*.

<sup>265</sup> MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, trad. de Amelia Valcárcel, Barcelona: Editorial Crítica, 1984, p. 15 y ss.



desaparición de la comunidad como espacio interpretativo que ayuda a constituir la moralidad.

Asimismo, el papel instrumental que tiene la política y la comunidad dentro de la perspectiva liberal a favor del individuo no permite la participación de la sociedad civil en la vida común política, lo que se traduce en la imposibilidad de explicar obligaciones especiales más allá del «consentimiento» de las personas, tales como las familiares y de amistad o de apoyo a la comunidad.

La importancia de la comunidad para los comunitaristas comienza por posicionar las experiencias de nuestras vidas en los espacios compartidos colectivamente con otros donde nuestra identidad ha sido forjada. En ese sentido, se asume que existen diversas formas de vida comunitaria en el mundo actual mismas que se caracterizan por el compartir un lugar o espacio geográfico, por compartir una historia significativa históricamente o comunidades psicológicas, derivadas de la interacción entre personas que participan en una actividad o experiencia común.

En este sentido, hablar de bien común implica la existencia de uno o varios factores que, como consideraciones de racionalidad práctica, dan razón suficiente para la cooperación con los otros, es decir, dan razón para la colaboración con los otros<sup>266</sup>. No hay que entender a la comunidad política con un objetivo específico asequible en el tiempo, los miembros no necesitan del mismo objetivo o deben estar de acuerdo *simpliciter* con el mismo.

En este sentido, es pertinente señalar que el movimiento indígena internacional de la década de 1980 hizo principal hincapié en Ecuador y en Bolivia de ciertos aspectos del desarrollo expresados en kichwa como “sumak kawsay” y en aymara como “suma qamaña”, normalmente traducido al castellano como “buen vivir”, aunque las traducciones literales denotan la idea de plenitud, belleza y la idea de existencia, ser estando o ser siendo<sup>267</sup>. Dichas expresiones que remarcaban el aspecto espiritual de los países andinos a través de la complementariedad, equilibrio y relación entre la naturaleza o entorno con todos los seres vivos. La utilización del “buen vivir” y de la filosofía subyacente al mismo, fue discutido normalmente en cuestiones de desarrollo aunque los indicadores meramente económicos para la identificación del bienestar no parece

---

<sup>266</sup> FINNIS, John, *Natural law & natural rights*, op. cit., p. 154.

<sup>267</sup> HUANACUNI MAMANI, Fernando, *Buen vivir/vivir bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, 3ª ed., La Paz: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2010, p. 13.

corresponder con el “buen vivir”; además, es necesario notar que la utilización del término ha sido ampliado a diversos pueblos indígenas de América Latina sin que esto implique una generalización irreflexiva o desconocimiento de las diferentes realidades de los pueblos indígenas sino la necesidad de reformular la construcción política estatal.

Si bien el contexto en el que se formuló el “buen vivir” responde a ciertas cosmovisiones de algunos pueblos indígenas, la idea general de que los modos de vida indígena son diversos pero su elemento común es el estar regidos por la armonía, el equilibrio y el consenso<sup>268</sup>. A lo que debemos considerar que los derechos humanos, creados a partir de unos postulados filosóficos diferentes, sobre los cuales se han formulado los derechos de los pueblos indígenas deben dar cuenta de ambas situaciones.

La formulación de ciertos postulados de racionalidad práctica, así como la mención de ciertos bienes humanos básicos, implican que dichos bienes son buenos para todos, y cada uno de dichos valores es, a su vez, bienes en los que pueden participar un número inimaginable de personas en un momento determinado. Dentro del entendimiento del bien común puede distinguirse un tercer uso, como un conjunto de condiciones que permite a los miembros de una comunidad la obtención por ellos mismos de ciertos objetivos razonables, así como percatarse de los valores por los cuales tienen razones para colaborar entre ellos en una comunidad<sup>269</sup>.

En este sentido, Bhikhu Parekh ha establecido que la protección de ciertos objetivos comunes a través de derechos colectivos es, en ocasiones, precondition para los derechos individuales. Para hablar de que ciertos intereses colectivos son suficientes para fundamentar un deber, no necesitamos centrarnos específicamente en las cuestiones materiales de los bienes divisibles sino que el interés colectivo juega un papel intermedio entre los individuos y los bienes humanos básicos de la racionalidad práctica, estableciendo ciertas condiciones sociales necesarias para el bienestar individual y comunitario. En este sentido, el interés individual dependerá de un interés comunitario si y sólo si el interés individual no existiría o carecería de sentido a menos que se establezcan ciertas condiciones comunitarias previas.

---

<sup>268</sup> Cfr. PATZI, Félix, *Modelo de vida de pueblos indígenas: maya, quechua, aymara, guaraní, mapuche, miskito y kuna*, La Paz: Fondo Indígena, 2010.

<sup>269</sup> FINNIS, John, *Natural law & natural rights*, op. cit., p. 155.

Los intereses relevantes no sólo están relacionados con la promoción de la autonomía individual, nadie duda que si comparamos diferentes estados de las cosas, una democracia participativa pacífica constituye un mejor entorno para el cumplimiento de expresiones de justicia articuladas en el lenguaje de los derechos que una zona de guerra. La consideración de los bienes humanos básicos sirve para articular otros bienes instrumentales, en este sentido, la relación que tiene el derecho de propiedad como base de la autonomía personal y de la libre empresa en una tradición liberal no puede tener prioridad a la conexión espiritual y religiosa de ciertos pueblos indígenas con su territorio histórico o con ciertas tradiciones específicamente centradas en sus valores familiares. Asimismo, podemos considerar que los derechos colectivos pueden tener una mayor significación que los derechos individuales en una situación determinada, la protección de los bienes artísticos como parte de una tradición cultural específica puede significar muy poco a un individuo concreto que no tenga mucho interés en dichas obras de arte, aunque dichas expresiones artísticas son básicas para la formulación de ciertos lazos, incluso afectivos, al interior de una comunidad política como ha sido descrita. El ejemplo anterior, ha sido expresado en los artículos 11,12 y 13 de la declaración de derechos de los pueblos indígenas, pero dicho criterio puede aplicarse de igual manera a otras expresiones religiosas de grupos minoritarios, como la destrucción de los Budas de Bamiyan en Afganistán por el gobierno talibán.

El centrarnos en ambos aspectos, en los bienes humanos básicos así como en las condiciones sociales y políticas necesarias para su obtención coordinada, nos permite sortear algunos obstáculos que normalmente se plantean a los derechos colectivos, específicamente, que los mismos permiten que ciertos sub-grupos al interior de una comunidad política tengan ciertos privilegios conservadores a partir de una interpretación de su cultura, en desventaja de todos aquellos que busquen la reforma social y cuestionarse las prácticas e instituciones tradicionales.

El entendimiento general que se tiene de ciertos derechos individuales, por lo tanto, no es fácilmente distinguible de las consecuencias sociales de los mismos. En este sentido, parece existir cierta correspondencia necesaria entre los derechos individuales y derechos colectivos<sup>270</sup>. Los grupos y comunidades políticas no son meros instrumentos de los derechos individuales, el punto de partida individualista conlleva grandes

---

<sup>270</sup> NEWMAN, Dwight, *Community and collective rights...*, op. cit., p. 80 y ss.

dificultades en ciertos fenómenos a gran escala, tal como lo sería la determinación individual de la condición de refugiado cuando dicha situación se presenta en situaciones de movimiento de personas que podemos calificar como masivas.

#### **III.4.5. Conflictos normativos entre los derechos individuales y colectivos.**

Si hemos mencionado que los derechos colectivos buscan el establecimiento de ciertas condiciones políticas y sociales necesarias para el cumplimiento de los derechos individuales, la discusión de fondo que parece persistir es, por un lado, que los derechos colectivos implican una concepción organicista y totalitaria de la sociedad, así como la percepción que los derechos colectivos devienen en el establecimiento sistemático de desventajas en contra de individuos que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad incluso al interior, como se ha resaltado respecto de ciertas divisiones o subgrupos al interior de los pueblos indígenas.

Dichos aspectos tienen gran relevancia práctica, ya que dichos argumentos fueron uno de los principales puntos de los Estados que se oponían a la adopción de la “Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas”. Sobre este punto, James Anaya ha mencionado que los conflictos entre derecho individuales y colectivos no son un problema, en tanto que todo derecho necesita ser puesto en balance con cualquier otro derecho que compita con este<sup>271</sup> aunque dicha respuesta no parece ser satisfactoria para aquellos que arguyen que los derechos colectivos pueden significar un menoscabo –aunque sea bien intencionado– de los derechos humanos individuales reconocidos internacionalmente. Por otro lado, Alexandra Xanthaki ha propuesto que los posibles conflictos entre derechos individuales y colectivos en el contexto de la declaración sean solucionados a partir de un procedimiento *ad hoc*<sup>272</sup>, reflejando que las preocupaciones entre los derechos colectivos e individuales no significan un problema aunque no entra a discutir a mayor profundidad los aspectos y relaciones entre los derechos individuales y colectivos.

Es claro que los conflictos normativos son un tema que ha sido desarrollado ampliamente en la teoría de los derechos, tema que no puede ser desarrollado completamente en el presente trabajo. Sin embargo, continuando con las teorías con las

---

<sup>271</sup> ANAYA, S. James, “Superpower attitudes towards indigenous peoples and group rights”, *American Journal of International law Proceedings*, vol. 93, núm. 251, 1999, p. 251 y 257.

<sup>272</sup> XANTHAKI, Alexandra, *Indigenous peoples and United Nations standards...*, op. cit., p. 34-36.

que hemos tratado hasta el momento, Jeremy Waldron criticando la teoría de los derechos de Joseph Raz menciona que si ciertos intereses son la base de los derechos, el conflicto de los mismos es más o menos inevitable, en tanto que los intereses de todos no son coincidentes en todo momento<sup>273</sup>.

Si bien la crítica de Waldron parece confundir los intereses como fundamento de los derechos con los derechos como construcción normativa, podemos entender la posición de Waldron como una imposibilidad lógica de los derechos, esto es, que las obligaciones que implique un derecho *X* signifique que no se pueda cumplir con la obligación que impone otro derecho *Y*. Este tipo de conflicto normativo implicaría que el problema no radica estrictamente en el nivel de fundamentación del derecho sino en la descripción normativa hecha en el mismo, es decir, que se debe establecer una descripción correcta del contenido y de los límites del derecho para evitar conflictos<sup>274</sup>.

Por otro lado, podemos considerar otra posición en la que el problema no radique en una correcta descripción del contenido y límites establecidos normativamente por un derecho sino que los conflictos entre derechos son posibles en sus propios términos, lo que no implica que el derecho tal como ha sido creado no tenga límites sino que aún considerando los límites y contenidos específicos los derechos pueden estar en conflicto. La dificultad de esta posición radica en que parece que todos los conflictos se resolverán atendiendo a los intereses subyacentes a los derechos, es decir, a su fundamento, mientras que parece desdeñarse que dichos intereses fueron expresados como derechos en un sistema jurídico determinado, con todo lo que esto implica.

Centrándonos específicamente en la posición que elabora Jeremy Waldron, la cuestión de los conflictos de derechos no parece ser un problema, en tanto que la misma declaración establece en su artículo 46(2) que en el ejercicio de los derechos mencionados en la declaración, se respetarán los derechos humanos y libertades fundamentales de todos. Provisión sobre la cual parece basarse la teoría de James Anaya de que los conflictos entre derecho colectivos e individuales en verdad no son un

---

<sup>273</sup> WALDRON, Jeremy, "Rights in conflict", en WALDRON, Jeremy, *Liberal rights: collected papers 1981-1991*, Nueva York: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1993, p. 203.

<sup>274</sup> Somos conscientes de que existen diversas clasificaciones de los criterios para calificar los conflictos normativos, (1) dependiendo de su posición en el sistema jurídico; (2) dependiendo de su posición jerárquica en el sistema jurídico; (3) dependiendo de su validez formal o material; (4) contradicciones lógicas en los enunciados normativos; y, (5) o por coincidencia de los ámbitos de validez. Aquí utilizamos un criterio más general dependiendo de su construcción lógica y su contenido ético. Cfr. HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, op. cit., p. 65-75.

problema. Sin embargo, el quedarnos con esta posición persiste cierta incertidumbre sobre la existencia de los derechos colectivos más allá de su reconocimiento normativo, lo que podría implicar que una correcta descripción de los derechos colectivos signifique la pérdida de todo su contenido.

Por lo que parece necesario el tener que distinguir entre el conflicto de derechos desde una posición formal de una posición que establezca que el conflicto de derechos es una cuestión sobre el contenido de los derechos. Acorde a la teoría de Jeremy Waldron, ciertos derechos humanos generan una “ola de deberes”<sup>275</sup>, como lo sería el derecho a no ser discriminado en razón de pertenencia a un pueblo indígena, que implica que el Estado no debe discriminar en el ejercicio de sus funciones administrativas, judiciales o legislativas, que se debe castigar a aquellas personas que discriminen en dichos términos, el deber estatal de impartir educación tendiente a la eliminación de todas las formas de discriminación, el establecer las condiciones económicas, sociales y políticas que garanticen una vida libre de discriminación, prohibir incitaciones al odio racial, etcétera.

Concediendo que los derechos humanos pueden implicar varias obligaciones a distintas personas para el establecimiento del contenido de los derechos, podemos considerar que los derechos estarían en conflicto si una o varias de las obligaciones que implica un derecho humano son imposibles de cumplir, lo que devendría en el cuestionamiento de cual es el fundamento protegido por dicho derecho particular.

En este entendido, la principal dificultad radicaría en la conciliación del fundamento de los derechos individuales y colectivos, ya que en caso de una delimitación técnica normativa dichos problemas pueden solucionarse con los instrumentos jurídicos desarrollados hasta la fecha. Al respecto, es pertinente mencionar que los principios de racionalidad práctica y los bienes humanos básicos que hemos utilizado se oponen a una lectura proporcionalista de la ética, en este sentido cabe recordar el ejemplo utilizado por John Finnis sobre la imposibilidad de considerar los bienes humanos sobre un aspecto comparativo entre un mejor o peor estado de las cosas, la historia Sócrates narrada por Platón, implicaba la participación en el asesinato de León de Salamis o rehusarse y sufrir la misma suerte, lo que en un aspecto comparativo es imposible determinar un resultado como mejor o peor que el otro, en tanto que actuar por un cierto

---

<sup>275</sup> WALDRON, Jeremy, “Rights in conflict”, op. cit., p. 212-213.

objetivo de racionalidad práctica no implica hacer un juicio sobre diferentes estados de las cosas<sup>276</sup>, en tanto que todos los aspectos proporcionalista dependen, de una u otra manera, en cierto criterio de cuantificación que no es aplicable a los bienes humanos básicos.

En este sentido, la fundamentación común de los derechos significaría que no existen conflictos entre los derechos individuales y colectivos aunque esta afirmación necesita hacer frente a los argumentos que mencionan un conflicto necesario de derechos. Si concedemos que los derechos colectivos no tienen nada de particular, significaría que no existiría nada que imposibilite una eventual reconciliación con los derechos individuales. La visión sería que tanto los derechos colectivos como individuales están fundamentados en intereses de igual importancia para las personas, dicha relación al interior de los derechos parece coincidir con la protección constitucional que se hace a algunos derechos bajo la igualdad o la dignidad humana.

Sin embargo, la cuestión que persiste es si los valores o intereses protegidos por los derechos individuales y colectivos son conciliables entre sí o idénticos. Cabe aclarar que este punto no se refiere a la contradicción lógica de las construcciones normativas sino que hace referencia a la permisibilidad de una cierta conducta y la legitimación de la obligación impuesta, *v.gr.* podemos pensar en una doble venta de un mismo bien inmueble, en la que no existe contradicción lógica entre los derechos por la venta de *X* a *Y* y de *X* a *Z* sino que la problemática radica en el cumplimiento de la obligación y de la responsabilidad contractual derivada por el incumplimiento con alguno de los dos compradores, no se entiende que las obligaciones no existan sino que su cumplimiento para con ambos es imposible.

Hemos argumentado que los intereses colectivos no son la suma de los intereses individuales, lo que hace que carezca de sentido el discutir los bienes o intereses colectivos en términos individuales. El bien común en términos generales no se entiende como el cúmulo de decisiones individuales sino como la posibilidad de alcanzar los bienes humanos básicos a través de la participación de los miembros y la cooperación. Sin embargo, se puede llegar a entender que ciertos intereses pueden llegar a estar en conflicto, especialmente los bienes instrumentales que se prevean en forma de derechos.

---

<sup>276</sup> FINNIS, John, *Fundamental of ethics*, op. cit., p. 112 y ss.

Los derechos colectivos se relacionan con los derechos individuales en tanto que ambos establecen las condiciones para poder participar en los bienes humanos básicos que constituyen una vida plena, sería imposible entender ciertas condiciones individuales sin el contexto social o la protección de ciertos valores colectivos sin la implicación de las opciones individuales. Si bien hay que destacar que estrictamente hablando, los grupos, comunidades o colectividades no tienen una sustancia propia, ni preferencias ni voluntades, son las acciones e interacciones humanas las que permiten la consideración de ciertos bienes como colectivos.

Es necesario mencionar que los bienes humanos básicos de la racionalidad práctica tienen conexión con ciertos bienes colectivos siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, entendiendo que dichos bienes colectivos permiten y facilitan la participación común en dichos bienes. Hemos mencionado que los conflictos formales son más o menos fáciles de resolver, en tanto que dependen de cuestiones técnicas de los fallos judiciales, actos legislativos o actos administrativos; por otro lado, nos hemos centrado en el desarrollo de ciertas cuestiones que tienden a descartar los derechos colectivos como contrarios a los derechos individuales.

La existencia de posibles conflictos de intereses entre colectividades e individuos no debe confundirse con la traducción lógica de los bienes humanos básicos de la racionalidad práctica en derechos. Sin embargo, el énfasis en ciertos valores colectivos, desdeñados normalmente desde una tradición liberal o calificados únicamente en relación al beneficio individual, nos señala que la comunidad puede tener contribuciones reales para la vida plena de sus miembros<sup>277</sup>.

Sin embargo, al centrarnos en casos específicos en donde la comunidad dice tener un interés o busca proteger ciertas formas culturales limitando las posibilidades de algunos de sus miembros persiste un problema, ya que dichos intereses colectivos afectan de una forma significativa a los miembros más vulnerables de la colectividad. Se puede pensar que estos casos difíciles significan un contraargumento que implican que los derechos colectivos son básicamente contrarios a los derechos individuales por lo que es necesario analizar como se participa en los bienes humanos básicos en distintas colectividades humanas, planteando ciertas cuestiones iusfilosóficas.

---

<sup>277</sup> NEWMAN, Dwight, *Community and collective rights...*, op. cit., p. 103-104.



### **III.4.6. Especificaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.**

Uno de los temas que más se han discutido en relación a los pueblos indígenas se refiere a las reglas de membresía así como una posible libertad para abandonar el grupo por sus miembros individuales, o la posible implementación de ciertos mecanismos democráticos al interior de los pueblos indígenas para la toma de decisiones públicas. Sin embargo, este problema se relaciona con la discusión sobre las relaciones individuales con los grupos, tema que se ha tratado desde muy diversos ángulos, lo que nos conduce a la última interrogante del capítulo anterior, cómo establecer ciertas limitaciones o identificación de los fundamentos de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En este sentido, algunos autores han argumentado que la “Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, al enfatizar los derechos colectivos, se apoyan en la proposición de que todas las decisiones que impliquen de alguna u otra manera a sus miembros deberán resolverse por los pueblos indígenas de acuerdo con las medidas decididas por ellos, de acuerdo al autogobierno que se reconoce a los pueblos indígenas en su artículo 4º, sin reconocer un papel específico a los derechos individuales en las disputas al interior de los pueblos indígenas<sup>278</sup>. Sin embargo, esta posición parece trazar una analogía con el entendimiento de la autonomía liberal derivando en un campo de actuación bastante estrecho; inclusive considerando la autonomía personal dentro de la tradición liberal, no se debe entender como una doctrina radical sino como un aspecto de autocreación de la persona, no como una elección tomada sin base en valor algún y por lo tanto libre, sino reconociendo que existen ciertas opciones, que si bien pueden ser adoptadas «libremente», no pueden considerarse como opciones viables<sup>279</sup>. Claro está que si hacemos la lectura aislada del artículo 4º de la Declaración parece que no se establece un criterio más allá del autogobierno para las formas de membresía y participación al interior de los pueblos indígenas, sin embargo, la declaración misma establece criterios individuales y de necesario respeto de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, como hemos mencionado, dichos conflictos formales de los derechos han sido ampliamente desarrollados en la doctrina y jurisprudencia actual de los diferentes cuerpos

---

<sup>278</sup> BADGER, Austin, “Collective v. Individual human rights in membership governance for indigenous peoples”, *American University International Law Review*, vol. 20, núm. 2, 2011, p. 502-503.

<sup>279</sup> RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, op. cit., p. 387-388.

jurisdiccionales de derechos humanos así como por los tribunales constitucionales nacionales, la interrogante radica en la fundamentación de los derechos, cuestión que sin duda tiene implicaciones prácticas para el ejercicio de los derechos y la implementación de la Declaración.

Dentro de las discusiones sobre las relaciones entre individuos y grupos, Chandran Kukathas define de forma general las teorías políticas liberales diciendo que el “bien de la sociedad no está gobernado por un fin común particular o meta sino que provee de un marco de derecho o libertades o deberes dentro de los cuales las personas pueden perseguir diversos fines, individualmente o a través de la cooperación”<sup>280</sup>, dicha definición y sus implicaciones lo llevan a concluir que no es necesario el modificar los presupuestos liberales para poder cumplir con los requisitos de justicia de los grupos. Para Kukathas, nuestras preocupaciones de justicia tienden a disminuir si se permite que un individuo viva en unas condiciones injustas en una comunidad determinada, aunque tenga la libertad de abandonar el grupo<sup>281</sup>, en un sentido similar, Susan Moller Okin ha afirmado que “cualquier defensa consistente sobre los derechos colectivos basado en premisas liberales debe asegurar por lo menos un derecho –el derecho de abandonar el grupo de origen de cada uno– que vence cualquier derecho colectivo”<sup>282</sup>.

La facultad de abandonar un grupo dentro de la tradición liberal significa la limitación de las posibles represiones de las comunidades para salvaguardar uno de los principios básicos del liberalismo, esto es, la autonomía personal. En este tenor cabe preguntarnos si el reconocimiento de un derecho individual para abandonar el grupo es necesario o suficiente para facilitar las relaciones entre las pretensiones individuales y colectivas, además de que las dificultades que implicaría el reconocimiento de este derecho individual respecto de los pueblos indígenas, donde la membresía y pertenencia no está completamente determinada jurídicamente aunque se puede deducir en algunos casos de los aspectos de interacción, normas sociales y autoridad del grupo.

Uno de los aspectos relacionados con los pueblos indígenas en este sentido, sería la posibilidad de abandonar voluntariamente de la jurisdicción de los pueblos indígenas. Sin embargo, al analizar los argumentos sobre el derecho a abandonar el grupo no son

---

<sup>280</sup> KUKATHAS, Chandran, “Are there any cultural rights?”, *Political Theory*, vol. 20, núm. 1, febrero de 1992, p. 108.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 115 y ss.

<sup>282</sup> OKIN, Susan Moller, “«Mistresses of their own destiny»: group rights, gender, and realistic rights of exist”, *Ethics*, vol. 112, núm. 2, enero de 2002, p. 205.

completamente claros, ya sea que se intente trazar una analogía desde una perspectiva del derecho a la libre asociación o si se quiere establecer un nuevo derecho-poder – utilizando la terminología de Hohfeld– respecto de los pueblos indígenas. Una de las dificultades radica en la estructura abierta de los pueblos indígenas, en tanto que si un miembro de un pueblo indígena decide mudarse a cientos de kilómetros del lugar donde está establecido con la intención de abandonar su pueblo por motivos legítimos y residir en otro sitio, difícilmente podemos argumentar que dicha persona continúa siendo miembro del pueblo indígena, en tanto el principio de autoidentificación de los pueblos indígenas. Por lo anterior, al hablar de un derecho a abandonar un grupo, nos podemos imaginar una amplia gama de posibilidades que no necesitan ejercitarse de forma estrictamente jurídica.

Por otro lado, podemos imaginar que la intención de un determinado miembro de un pueblo indígena no radica en abandonar su grupo sino que busca modificar el curso de acción coordinada del pueblo expresando sus opiniones en un aspecto público, es decir, que busca una genuina participación al interior como miembro del pueblo indígena, posiblemente en contra de la forma tradicional en la que se toman las decisiones comunes al interior de los pueblos indígenas.

Si consideramos que el derecho de abandonar un pueblo indígena responde a un criterio de justicia, Andrew Mason afirma que sería un “criterio insuficiente para garantizar la justicia al interior de los grupos”<sup>283</sup>, porque significaría una amenaza a la autonomía personal, en tanto que la idea subyacente es que nadie puede ser obligado a aceptar un estilo de vida en particular. Sin embargo esta posición descansa en la distinción estricta entre la posibilidad de abandonar el grupo y las posibilidades reales de participación al interior del mismo; la conexión entre ambas posibilidades no es necesaria sino que pueden ser complementarias o disyuntivas, dependiendo de las condiciones grupales, normativas y de la autoridad de los pueblos indígenas. En este sentido, si se facilita la participación de determinados miembros en la toma de decisiones públicas al interior de un pueblo indígena puede ser razón suficiente para que dichos miembros no abandonen el grupo, lo que sería ejemplo de la complementariedad de la salida y de la participación. La visión de complementariedad de las medidas para abandonar el grupo o de participación parece ser más acorde a los argumentos presentados por los pueblos

---

<sup>283</sup> MASON, Andrew, “Imposing liberal principles”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Especial issue: *Pluralism and liberal neutrality*, vol. 1, núm. 3, 1998, p. 100-102. (98-116)

indígenas al interior del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, esto es, que las protecciones colectivas de los pueblos indígenas significaban una protección más completa de la que se había desarrollado hasta ese momento en la tradición de los derechos individuales, en los que la complementariedad no significaba una contraposición entre ambos. Aunque es necesario remarcar que la complementariedad no sucede en todas las ocasiones por lo que la posibilidad de abandonar el grupo como consideración disyuntiva debe tenerse en mente, en tanto que la realización de los aspectos de racionalidad práctica no son alcanzables de forma definitiva y se puede participar en ellos de diversas maneras.

La posibilidad de transformaciones al interior del grupo en la participación resaltan el carácter contingente de las pretensiones individuales para la salida del grupo. El carácter contingente de la posible salida del grupo significa que si bien un individuo puede tener razones para abandonar el grupo, estas no constituyen una razón concluyente –usando la terminología de Joseph Raz– o constituyen un bien en sí mismo. Sin embargo, es necesario distinguir entre la posibilidad de elección individual de abandonar el grupo, en tanto que los principios de racionalidad práctica implican que la posibilidad de una elección es necesariamente verdadera<sup>284</sup> y personal; mientras que la transformación en las formas de participación al interior del grupo significa un proceso colectivo.

Lo anterior puede implicar el reconocer un derecho a abandonar el grupo sin importar cuales sean las condiciones grupales existentes, no obstante, dicho argumento implicaría que la pretensión de no ser identificado con un grupo en concreto es base suficiente para el derecho individual de abandonar el grupo y, llevándolo a sus últimas consecuencias, implicaría que la existencia del grupo depende únicamente del conjunto de decisiones individuales. Lo anterior significa que los intereses individuales son los únicos que deben tomarse en consideración para la fundamentación de los derechos y sus relaciones con un grupo, por lo que la adscripción a un grupo no tiene mayor relevancia y la posibilidad de abandonarlo tampoco la tendría. Asimismo, esta posición en sentido contrario sería posible para los casos en los que un individuo no considera abandonar su grupo bajo ninguna circunstancia, situación que parece más acorde a los reclamos formulados por los pueblos indígenas a nivel internacional, por lo que un derecho a

---

<sup>284</sup> BOYLE, Joseph M. Jr., GRISEZ, Germain y TOLLEFSEN, Olaf, “Determinism, freedom, and self-referential arguments”, *The Review of Metaphysics*, vol. 26, núm. 1, septiembre de 1972, p. 30.

abandonar el grupo tendría poco sentido. Por lo que la defensa de un derecho de abandonar el grupo tiene escasos cimientos para defenderse desde una u otra posición.

La posición anterior refleja que el entendimiento de la autonomía como bien en sí mismo es difícilmente defendible, para argumentar la posibilidad de abandonar un grupo en los planteamientos teóricos, se modifican las premisas de los razonamientos de la consideración de ciertos bienes humanos de los que se participa colectivamente, tales como el juego, el trabajo, la religión, la familia, para contraponerlos con la autonomía personal que se encuentra como presupuesto inamovible<sup>285</sup>. Las objeciones a los valores y a la participación en los bienes humanos básicos de forma colectiva no depende de la evaluación de la libertad en términos generales, como si tuviera todos o ningún contenido, sino en la consideración de opciones que se consideran necesarias para una vida plena y de las condiciones sociales necesarias para su disfrute.

Las objeciones hechas desde la teoría feminista por Susan Moller Okin o Ayelet Shachar no se refieren a la preocupación general de un derecho a abandonar un grupo sino de una propuesta realista respecto de ciertos miembros del grupo, particularmente las mujeres. La falta de oportunidades para las mujeres de elegir libremente las decisiones en la vida propia, en comparación con otros miembros del grupo, significa el menoscabo de la igualdad de las personas como uno de los principios básicos del liberalismo. Las desigualdades basadas en el género derivan en un desigual reparto de las posibilidades para abandonar los grupos, aunque Okin señala que la opción de abandonar el grupo no siempre es factible, en tanto que abandonar el grupo puede conllevar ciertas dificultades relacionadas con la identidad de la persona, por lo que el tratamiento justo al interior de los grupos es un requerimiento moral de vital importancia.

Por lo anterior, es necesario hacer el mismo comentario que hemos venido remarcando, esto es, que los derechos a abandonar el grupo no deben ser el centro principal de atención en las construcciones teóricas, al contrario, debemos centrarnos en los factores materiales o formales al interior de los pueblos indígenas que derivan en un trato inicuo. El reconocimiento de los derechos colectivos a los pueblos indígenas no debe compararse con las pretensiones individualistas –lo cual tiene poco sentido–, sino que las consideraciones de fondo acorde a la declaración implican el establecimiento de las

---

<sup>285</sup> KYMLICKA, Will, *La ciudadanía multicultural...*, op. cit., p. 57-77.

condiciones políticas, sociales y económicas al interior de los pueblos indígenas que se garanticen de igual manera al hombre y a la mujer indígenas, como lo menciona el artículo 44 de la declaración. Es claro que las funciones de las colectividades y de las diferentes circunstancias concretas de los pueblos indígenas varían entre todas las colectividades que nos podemos imaginar, las cuales establecen diferentes maneras en las que se puede participar en los bienes humanos básicos, sin que la inexistencia de un derecho a abandonar el grupo implique desigualdades entre hombres y mujeres.

En un sentido similar Ayelet Shachar tratando las cuestiones de género y las posibilidades de abandonar un grupo, enfatiza otra situación, en tanto que menciona que las discusiones sobre un derecho a abandonar un grupo oscurece las difíciles relaciones de abandonar la identidad que se delinea colectivamente y “posibilita” a una persona vulnerable a abandonar “su vida, su familia y su comunidad”<sup>286</sup>.

El énfasis de la mayoría de las teorías feministas en las realidades sociales, que es claro en las palabras de Catharine MacKinnon, – “[l]as más elevadas abstracciones legales sin importar que parezcan estrepitosamente vacías de especificidad social en la superficie, nacen de la vida social”<sup>287</sup> –, se ven claramente reflejadas en la obra de Shachar, por lo que destaca que el tener un derecho a abandonar el grupo no es una respuesta a las injusticias propias del grupo, especialmente porque la solución individual a abandonar el grupo no soluciona las injusticias estructurales al interior del grupo y por las dificultades que de hecho existen para abandonar el grupo, sin que la permanencia en el grupo signifique un consentimiento tácito a las prácticas discriminatorias y violentas.

La posición de Shachar es correcta al mencionar que el establecer un derecho a abandonar el grupo no es una solución a las injusticias estructurales al interior de un grupo y si bien el establecimiento de un derecho a abandonar el grupo no es un elemento necesario respecto a los derechos colectivos, puede llegar a ser importante en ciertos contextos determinados. Esta nota no significa una preeminencia teórica del individualismo con todas las consecuencias que esto conlleva, sino que las personas pueden llevar una vida plena tanto al interior de los grupos o pueblos indígenas como en otros contextos. Este último punto es contrario a la propia posición de Shachar, según la cual el tener una opción de abandonar el grupo puede utilizarse instrumentalmente para

---

<sup>286</sup> SHACHAR, Ayelet, *Multicultural jurisdictions...*, op. cit., p. 64 y ss.

<sup>287</sup> MACKINNON, Catharine A., “Crimes of war, crimes of peace”, en SHUTE, Stephen y HURLEY, Susan (eds.), *On human rights...*, op. cit., p. 84.

modificar las formas de participación al interior de los grupos, sin embargo, su objetivo de crear una distinción jurisdiccional entre el Estado y los distintos grupos para la transformación de los diversos sistemas patriarcales como forma de solución de ciertos problemas se pone en entredicho por la utilización de la posibilidad de abandonar los grupos que ella había intentado desmontar, como señala en su crítica Oonagh Reitman<sup>288</sup>.

En este sentido, las consideraciones liberales que proponen que las relaciones individuales y grupales se lleven con base a una igual consideración y respeto tienen ciertas dificultades, como lo hemos mencionado. Los argumentos principales sobre la participación y la posibilidad de abandonar un grupo están relacionados con un mejor acuerdo entre los objetivos comunes y los intereses individuales. Lo paradójico, como señala Rosenfeld analizando la obra de Spinoza, es que normalmente la búsqueda de ingresar en un grupo significa el aceptar un conjunto de normas sobre las cuales no existe injerencia u opinión individual<sup>289</sup>. La situación política actual y las teorías políticas al respecto normalmente entienden que el abandono del grupo y la participación pueden llegar a ser un riesgo en determinados contextos para ciertos pueblos indígenas y otros grupos<sup>290</sup>.

La consideración general de la opresión a la que han sido objeto ciertos grupos no puede considerarse de forma extensiva, si se intenta centrar los objetivos de una comunidad política de forma limitativa pueden llegar a resultados ridículos al relacionarse con la opresión, tal como lo señala el comunicado en inglés del presidente de Gambia, Yahya Jammeh, diciendo que el inglés ya no sería utilizado como lengua oficial por ser una reliquia colonial.

Asimismo, el considerar que la participación en el grupo o el abandono del mismo pueden ser restringidos evaluando el papel de la comunidad para con sus miembros sobre una base individual no puede hacerse en una perspectiva comparativa. El intentar evaluar los diferentes estados de las cosas futuros, si se establecen medidas generales para la participación o para el abandono del grupo sólo posibilita tener cierta expectativa razonable sobre las posibles consecuencias aunque no una absoluta certeza

---

<sup>288</sup> Cfr. REITMAN, Oonagh, "Multiculturalism and feminism: incompatibility, compatibility, or synonymity?", *Ethnicities*, vol. 5, núm. 2, 2005, p. 216-247.

<sup>289</sup> ROSENFELD, Michel, *Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account*, Nueva York: Cambridge University Press, 2011, p. 125-148.

<sup>290</sup> NEWMAN, Dwight, *Community and collective rights...*, op. cit., p. 170.

sobre las mismas<sup>291</sup>, por lo que identificar un criterio ético en este sentido presupondría la existencia de un criterio universal para la evaluación de los distintos estados de las cosas, así como conocer toda consecuencia posible *a priori*.

Si se han utilizado los derechos como una de las formas principales para la expresión de las demandas de justicia, así como para la evaluación de ciertas conductas, es necesario remarcar las complejidades propias de la colaboración, coordinación y restricciones mutuas que involucra la obtención del bien común, con la innegable situación de tener que elegir entre distintas instituciones, políticas, programas, derechos y decisiones. Una de las fortalezas de utilizar el idioma de los derechos a los reclamos formulados colectivamente por los pueblos indígenas, responde a que utilizado con mesura indica un cierto estado objetivo sobre la justicia y no señala estrictamente lo que se requiere de cada uno de forma individual.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas, al ser mencionados explícitamente como parte de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, señala que las limitaciones a los mismos se harán con base a lo establecido al derecho internacional de los derechos humanos. Los principios de racionalidad práctica y los bienes humanos básicos, así como las condiciones sociales y políticas como los criterios de identificación de los derechos humanos en el plano valorativo, nos llevan ahora a tratar las formas de especificación de las mismas en el plano jurídico, elemento también necesario para hablar de derechos humanos.

De las formas generales utilizadas en los diferentes instrumentos de derechos humanos, podemos observar que normalmente se utilizan de forma afirmativa, “todas las personas tienen derecho...” o “todos los pueblos indígenas tienen derecho...”, o de forma negativa, “nadie será, podrá o estará...”. Ambas formas en las que se expresan los derechos humanos parece identificar las limitaciones sobre los mismos, si bien en los distintos sistemas regionales o el universal de derechos humanos se siguen caminos diferentes para el señalar las limitaciones a los mismos, v.gr. la Convención Europea de Derechos Humanos que establece las limitaciones artículo por artículo mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos sólo hace una referencia general en el

---

<sup>291</sup> Una perspectiva general sobre las implicaciones lógicas de la temporalización y las consecuencias de las acciones, Cfr. PRIOR, Arthur N., “The consequences of actions”, en PRIOR, Arthur N. Y HASLE, Peter et al. (eds.), *Papers on time and tense*, 2ª ed., 1ª reimpr., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 65-72.



artículo 29, en donde se señala que los deberes que tiene toda persona para con su comunidad debe permitir el desarrollo pleno de su personalidad, así como el ejercicio de sus derechos y libertades donde las limitaciones únicamente se establecerán por ley con el fin de asegurar condiciones básicas con los otros, satisfacer las exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

Sin embargo, es necesario reflexionar sobre las dos formas principales en las que se utilizan en los instrumentos de derechos humanos. Las normas redactadas en forma negativa tienen ciertas características que no comparten las formas positivas de derechos, ya que aunque suene paradójico, las primeras contienen una contradicción pragmática. Las formulaciones negativas al prohibir formalmente algo crean consciencia de que prohíben, esto es, el prohibir una conducta determinada sólo puede cumplirse si consideramos en forma afirmativa aquello que se prohíbe, la afirmación de “No X” no implica la afirmación de “Y” ni viceversa; por lo que para cumplir con una prohibición es necesario hacer inteligible aquello que se prohíbe. Si bien el último ejemplo permanece estrictamente en el plano del conocimiento y no estrictamente de libertad, la formulación abre una serie incalculable de opciones sobre las cuales se ejerce la libertad y en el vasto universo de posibilidades en donde surgen las acciones buenas o malas, el encomio o la responsabilidad. La utilización de las formas negativas para la redacción de instrumentos internacionales de derechos humanos parecen implicar que los mismos tienen una fuerza conclusiva, lo que ha sido confirmado en gran medida por la práctica de los derechos humanos en las que no se encuentran excepciones a la prohibición a la tortura, discriminación en razón de raza, sexo, etcétera o a ser detenido arbitrariamente, si bien las dos últimas prohibiciones tienen calificativos sobre la acción, de forma general se entiende que no se encuentran sujetos a las limitaciones como las que menciona el artículo 29 de la declaración universal. No obstante, es posible hablar del “derecho a no ser torturado, a no ser detenido arbitrariamente, etcétera”, pero no podemos considerar que sea un derecho que se pueda ejercitar de la forma en la que parece referirse el artículo 29, es decir, como posible para respetar los derechos y libertades ajenas o satisfacer medidas de moral, orden público o bienestar general en una sociedad democrática.

Por otro lado, la utilización de formas positivas para la formulación de los derechos humanos denotan su papel como criterios a considerar en un proceso racional de toma de decisiones, sin que la mención de uno o varios de estos derechos, tenga una fuerza

concluyente por su sola mención. Las limitaciones parecen aplicar a este tipo de formulaciones de los derechos humanos, en este sentido, podemos identificar (1) asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás; (2) satisfacer las justas exigencias de la moral en una sociedad democrática; (3) satisfacer las justas exigencias del orden público; y, (4) satisfacer las justas exigencias del bienestar general en una sociedad democrática. Las limitaciones que aquí enumeramos, en la “Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, ya no se utilizan los términos de moral, orden público o bienestar general sino de las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática, sin embargo, utilizaremos las limitaciones tal como han sido desarrolladas en la declaración universal porque es uno de los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y por ciertas ventajas analíticas que tiene la distinción.

Si hacemos referencia a la limitación que señalamos en el numeral (4), es necesario remarcar que las consideraciones de hablar de un bienestar general no puede considerarse desde una perspectiva de suma de intereses individuales, en tanto que hemos señalado que el hablar de bien común no puede significar la suma de intereses individuales, por lo que es inútil los cálculos o racionalizaciones al respecto. Ronald Dworkin adopta una posición similar a la que criticamos en este punto<sup>292</sup>, ya que si una meta colectiva como el mayor beneficio para el mayor número podría derivar en la consideración de ciertos derechos como no importantes o no fundamentales, que iría en contra de los principales objetivos filosóficos de los derechos humanos. Si bien la declaración de los pueblos indígenas no hace referencia al bienestar general, es necesario remarcar que las racionalizaciones proporcionalistas no pueden tomarse en ningún caso como una de las “justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”.

La referencia a los derechos y las libertades de las otras personas, numeral (1), sólo esboza ciertos aspectos necesarios para la plenitud personal en una comunidad política. La comunidad política ya no entendida como aparato administrativo de los intereses privados sino donde la posibilidad de identidades diferentes, como lo es una identidad indígena, confluyen en la diversidad de opiniones con la capacidad y posibilidad de llegar a acuerdos, en donde las consideraciones de los bienes humanos básicos deben

---

<sup>292</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, op. cit., p. 91 y ss.

ser considerados y favorecidos en todo momento por los responsables en la coordinación de la vida común. Claro está que en los sistemas jurídicos particulares la constitucionalización de los derechos humanos y el entendimiento general sobre los elementos formales y materiales conllevan importantísimas consecuencias que deben ser analizadas<sup>293</sup>, no obstante, aquí nos hemos centrado en las cuestiones específicas sobre el idioma moderno de los derechos; recordando las teorías básicas que tratan las realidades de los derechos, normalmente se entiende implícita la relación entre dos sujetos que interactúan sobre sus intereses y beneficios individuales, no como miembros de una colectividad que gozan o aprovechan un bien común difuso. Tal situación no implica el hacer una lectura individualista de los derechos humanos sino que son necesarias ciertas condiciones de confianza y entendimiento común políticamente, además de ciertas condiciones materiales.

La referencia a las condiciones materiales y políticas necesarias, normalmente son expresadas en términos de derechos humanos, nos recuerdan el hecho que no puede existir un ejercicio ilimitado de los derechos. En este sentido, no podemos hablar de que los derechos humanos están sujetos al bien común, ni de los pueblos indígenas ni de una comunidad política mayor como lo sería el Estado, sino que el mantenimiento de los derechos humanos es el componente fundamental del bien común de una comunidad política. Por otro lado, el papel de la interdependencia de los derechos humanos, posición expresada en la Proclamación de Teherán y en la Declaración y Programa de Acción de Viena, que estimula una reflexión y entendimiento más profundo de los mimos<sup>294</sup> también implica que las limitaciones de los derechos humanos expresados positivamente están limitados por otros derechos y aspectos del bien común, recordando que los derechos también denotan la idea de razones que se deben tener en alta consideración.

La afirmación de un derecho hecho en un discurso político necesita ser especificado, evaluado y, en muchas ocasiones, calificado. Los derechos normalmente entendidos desde una perspectiva bidimensional, esto es, entre un sujeto y un objeto protegido por el derecho, necesita traducirse en la relación triádica para tener fuerza conclusiva. En este sentido, es necesario remarcar que el proceso de especificación de la declaración

---

<sup>293</sup> Cfr. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid: Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas, 2004.

<sup>294</sup> NICKEL, James W., "Rethinking indivisibility: towards a theory supporting relations between human rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, núm. 4, noviembre de 2008, p. 985. (984-1001)

sobre los derechos de los pueblos indígenas identifica aquellos sujetos que se encuentran obligados por los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, a través de la limitación de ciertas acciones a los Estados por la Asamblea General. Asimismo, contiene descripciones de distintos actos relacionados con las tierras y los territorio, derechos políticos, culturales, económicos y sociales, en donde se establecen diversas circunstancias necesarias para su aplicación. Sobre la identidad del titular del derecho, esto es, los pueblos indígenas, hemos evitado intentar dar una definición por las implicaciones ontológicas que tienen consecuencias prácticas directas, nos hemos centrado en la posibilidad de expresar las cuestiones de identidad normalmente planteadas por diversos pueblos indígenas en el lenguaje general de los derechos, señalando los presupuestos de racionalidad práctica que se encuentran en el trasfondo del idioma moderno de los derechos. Si bien la identificación de determinado grupo como pueblos indígenas puede llegar a ser problemática por la inclusión o exclusión de diversos grupos, el planteamiento que hemos desarrollado relacionado con la teoría de los derechos implica que los criterios normalmente utilizados en la práctica internacional –una cultura diferenciada del resto de la sociedad mayoritaria en un contexto nacional además del criterio de autoidentificación– puede seguir siendo utilizada aunque también se plantea la posibilidad de que los otros grupos que cumplan con los criterios de justicia y bien común aquí referidos brevemente también se les reconozca derechos sin que esto implique un menoscabo de los derechos humanos reconocidos internacionalmente con anterioridad.

Utilizando la terminología de John Rawls, podemos entender que las personas tengan diferentes concepciones de un determinado derecho aunque compartan el mismo concepto<sup>295</sup>. En lo que respecta principalmente a las formas de cumplir con los derechos de parte del obligado, así como las libertades que se establecen a favor de un titular necesitan de un proceso autoritativo para identificar las condiciones de cumplimiento y los límites de las libertades, lo que implica la existencia de ciertas elecciones que deben tomar las consideraciones de racionalidad práctica. Imaginando situaciones posibles tendríamos que considerar las posibilidades de interferencia en el ejercicio de un derecho, sea individual o colectivo, inclusive considerando la posibilidad del ejercicio del mismo derecho u otros, sobre estos aspectos resalta la necesaria existencia de

---

<sup>295</sup> RAWLS, John, *A theory of justice*, ed. rev., Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 380 y ss.

diversas concepciones de los bienes humanos en las que se debe buscar la vida plena acorde a las diversas comunidades políticas, no evitando la discusión bajo un criterio de «igual respeto y consideración» sino facilitándola y propiciándola.

La solución de controversias de derechos humanos, como cualquier otra creación humana, no busca ser un proceso infalible o concluyente. El análisis histórico de los derechos humanos muestra que su uso discursivo, por buenas o malas intenciones y por unos u otros fines, en ocasiones ha derivado en la adscripción de una fuerza conclusiva a determinados derechos o postulando su carácter absoluto. Por lo anterior hay que tener en cuenta que los bienes básicos de racionalidad práctica nos permiten mantener las relaciones de justicia en mente mientras tratamos con los derechos, además de recordar el papel principal que tiene la búsqueda de la plenitud de las personas en cada uno y en todos los demás.

Los derechos establecidos en la “Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” señalan que cualquier forma de comunidad política en las que los derechos humanos pueden ser protegidos y ejercitados necesariamente involucra la selección de una cierta concepción de bien común, como lo hace cualquier otra comunidad política, que si bien pueden existir errores en la identificación de los bienes humanos básicos y en las posibilidades de su participación colectiva, sin embargo, los aspectos de justicia nos permiten la formulación y reformulación de las comunidades mismas sin que esto implique una afrenta a la persona o una falta de respeto o consideración sino que es tendiente a garantizar una participación y discusión política efectiva.

### **III.5. Algunos aspectos de la realización de los derechos de los pueblos indígenas.**

#### **III.5.1. Los derechos de los pueblos indígenas y la no discriminación.**

Uno de los principales aspectos de los estándares de derechos humanos, tanto a nivel internacional como estatal, radica en el establecimiento de criterios claros en la especificación de los derechos humanos para que los criterios nuevos sean consistentes con los ya existentes. No obstante, los instrumentos de derechos humanos han sido interpretados de diversas maneras y se encuentran abiertos a nuevas especificaciones con base a los nuevos instrumentos, teniendo siempre en mente que toda interpretación

debe ordenarse de acuerdo a los siguientes lineamientos: (a) ser consistente con el derecho internacional de los derechos humanos ya existente; (b) se deriva de la dignidad humana; (c) sean precisos para la identificación y práctica de los derechos y obligaciones; (d) provean, cuando sea aplicable, mecanismos realistas y efectivos de implementación o sistemas de reportes periódicos; y, (e) atraigan el apoyo de forma amplia de la comunidad internacional<sup>296</sup>.

Las dificultades aparecen al considerar un instrumento como la “Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial” aprobada en la Asamblea General en 1965 y que entró en vigor en 1969 relacionándolo con un instrumento novedoso como la “Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” del año 2007. Si se consideran las transformaciones en el cuerpo existente de instrumentos de derechos humanos, las relaciones entre los estándares internacionales de no discriminación y los derechos de los pueblos indígenas constituyen un ejemplo paradigmático. Las características de los derechos humanos señaladas en la Conferencia de Viena y Programa de Acción sobre Derechos Humanos de 1993, esto es, la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación ha generado nuevos entendidos sobre la realidad total que proponen los derechos humanos, aunque las especificaciones sobre los derechos continúan siendo un aspecto controversial.

#### **III.5.1.1. La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.**

La Carta de Naciones Unidas, a diferencia de la Convención de la Liga de las Naciones, hace referencia explícita a la discriminación con base a la raza, el sexo, la lengua o la religión. Si bien en la época de la Liga de las Naciones existieron esfuerzos para su inclusión, como los argumentos presentados por los representantes de Japón<sup>297</sup>, su inclusión en la Carta de las Naciones Unidas no se encontraba libre de paradojas, ya que

---

<sup>296</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Setting international standards in the field of human rights*, cuadragésimo primer periodo de sesiones, A/RES/41/120 de 4 de diciembre de 1986.

<sup>297</sup> MCKEAN, Warwick Alexander, *Equality and discrimination under international law*, Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 16-19.

el internacionalismo de las primeras décadas del siglo XX fue utilizado en algunas ocasiones para defender los intereses nacionales y posiciones colonialistas<sup>298</sup>.

La posición anterior a 1945, donde la no discriminación sólo fue objeto de ciertos tratados multilaterales limitados en su aplicación, posición modificada con la Carta de las Naciones Unidas para el reconocimiento universal de la no discriminación muestra uno de los primeros pasos tendientes a hacer frente a la discriminación. Otro aspecto se refiere a la creación de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, que definió en términos generales la prevención de la discriminación como la “prevención de cualquier acción que negara a los individuos o a los grupos la igualdad de trato que ellos desearían”<sup>299</sup>.

Los trabajos al interior del Subcomité, permitieron la adopción de la “Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial” para 1965<sup>300</sup>, uno de los aspectos a destacar de la convención radicaba en que todas las clasificaciones y distinciones desfavorables que implicaban la discriminación fueron tratadas desde el punto de vista jurídico a través de la prohibición de ciertos actos o conductas, lo que no implicaba que los individuos objeto de discriminación tuvieran un derecho formulado de manera positiva, tal como lo hemos señalado en los apartados anteriores.

Si bien sería imposible tratar aquí a profundidad las provisiones de la Convención por cuestiones de espacio, es sorprendente señalar que únicamente cuenta con siete artículos con contenido sustancial para hacer frente a la discriminación, definiendo en su artículo 1º la discriminación racial como:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”

---

<sup>298</sup> Por ejemplo, Mazower nos relata la posición de Jan Smuts, representante sudafricano y defensor de la segregación racial que ayudó a la redacción del preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, para el cual la Commonwealth británica era el modelo a seguir para la cooperación internacional, en la que los Estados independientes estaban unidos por la creencia común en el poder de la civilización europea; cfr. MAZOWER, Mark, *No enchanted palace...*, op. cit., p. 28 y ss.

<sup>299</sup> NISOT, Joseph, *First report submitted to the Commission on Human Rights by the Sub-commission on the prevention of discrimination and the protection of minorities*, UN Doc. E/CN.4/52 de 6 de diciembre de 1947, p. 13.

<sup>300</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial*, vigésimo periodo de sesiones, A/RES/2106/A de 21 de diciembre de 1965.

La discriminación racial, como término central de la convención, se encuentra ante el problema de no elaborar en mayor medida el término “raza”. No obstante, al hablar de razas en ese contexto nos obliga a considerar la mayoría de teorías antropológicas y sociológicas que surgieron a partir de finales del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX, donde surgió una confusión al utilizar la palabra “raza” para designar ciertos grupos humanos, donde se conjugaron términos que hoy se distinguen como categorías biológicas y sociológicas para intentar explicar las diferencias humanas<sup>301</sup>. Si bien es de destacar que la utilización del término no era generalizado en todos los países y teorías sociales, la problemática del racismo no radica en la utilización de la “raza” como una correcta descripción de las relaciones sociales sino en su utilización como criterio prescriptivo de ciertas consecuencias.

El avance hecho por la Convención desde la igualdad formal hasta la igualdad material, fue interpretado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su recomendación general número 14 de tal forma que la “diferencia de trato no constituirá discriminación si el criterio para dicha diferencia, juzgados contra los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos”<sup>302</sup>. Los bienes humanos básicos que hemos utilizado a lo largo de este trabajo nos ayudan a identificar no únicamente los límites de los grupos para con los individuos sino que justamente en ellos radica la posibilidad de considerarlos como colectividades políticas por la cooperación y participación en estos bienes por sus miembros.

Relacionando esta cuestión con lo que hemos desarrollado sobre la especificación de los derechos humanos, vemos que la formulación en negativo de la Convención establece como principal objetivo el prohibir o evitar la negación de un igual reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos. Sin embargo, los artículos 1(4) y el 2(2) hacen referencia a ciertas medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar ciertas condiciones materiales necesarias para la no discriminación, lo que confirma que las apreciaciones que hemos hecho sobre los derechos humanos formulados de manera negativa en tanto que sólo se garantiza un igual reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sin que esto implique el

---

<sup>301</sup> BANTON, Michael, *Racial theories*, 2ª ed., Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1998, p. 1 y ss.

<sup>302</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General número 14 sobre el artículo 1º párrafo 1º de la Convención*, UN Doc. A/48/18, reimpresso en “*Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*”, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 de 27 de mayo de 2008.



reconocimiento de derechos en positivo a los individuos o grupos objeto de discriminación.

Asimismo, la responsabilidad estatal que establece la Convención para la no discriminación implica tanto a los actos gubernamentales como a los que pudiera llevar a cabo cualquier otra persona, grupo u organización privado dentro de la jurisdicción de dicho Estado, situación que debemos tener en cuenta para la actuación del Comité en relación con los pueblos indígenas. Otro aspecto a señalar es que el artículo 5º de la Convención enumera ciertos derechos humanos sobre los cuales aplica la no discriminación aunque de conformidad al artículo 2º de la misma, debe entenderse que dicha lista se relaciona con todos los derechos humanos sin importar en que instrumento se encuentren.

### **III.5.1.2. Procedimientos ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.**

Ante el Comité se pueden presentar comunicaciones individuales o de grupos de acuerdo al artículo 14 de la Convención, sin que esto influya para que el Comité también pueda revisar en alguna de sus dos sesiones anuales los reportes estatales y determinar algunos casos para su revisión a profundidad, ya que de acuerdo con el artículo 9º(1) de la Convención los Estados están obligados a enviarlos un año después de ratificado y cada dos años después o cuando el Comité lo requiera; y, poder comenzar el procedimiento de revisión para los Estados que no hayan entregado sus reportes de cinco años o más. El procedimiento que se establece entre el Comité y un Estado parte termina con una serie de observaciones finales donde se reconocen los esfuerzos estatales para eliminar la discriminación, se señalan puntos donde puede existir la situación, así como se elaboran recomendaciones para desarrollar acciones futuras. Normalmente, se utilizan a los miembros del Comité como reporteros especiales para los países, que son los que están en contacto con los gobiernos.

Uno de los principales cambios en los procedimientos ante el Comité, fue la aceptación de ciertas reglas para el seguimiento de sus recomendaciones y comentarios finales, dentro de las cuales hay que destacar las medidas para difundir ampliamente las observaciones finales al interior de los Estados, coordinar los esfuerzos de implementación tanto a nivel administrativo como con organizaciones internacionales e identificar los puntos donde existen riesgos de discriminación, hacer mención de los

progresos en los reportes sucesivos, incluir las medidas en contra de la discriminación en los planes nacionales de acción, así como la posibilidad de poder pedir asistencia técnica de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>303</sup>.

Centrándonos en los sistemas procedimentales ante el Comité, los comunicados individuales o grupales de personas que dicen ser víctimas de discriminación no ha sido utilizado tan ampliamente como si los comparamos con los procedimientos ante el Consejo de Derechos Humanos acorde al procedimiento de comunicaciones individuales establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin embargo la principal diferencia que se relaciona con los pueblos indígenas, es que el procedimiento de comunicaciones ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial permite a grupos de personas y no sólo a los individuos presentar quejas.

### **III.5.1.3. La no discriminación y los pueblos indígenas.**

La tensión principal que resulta claramente entre la Convención y la Declaración radica en que ambos instrumentos hacen referencia a la no discriminación pero cada instrumento tiene un estatus diferenciado o puede tenerlo de acuerdo a la práctica estatal, además de que las consideraciones filosóficas de base son completamente diferentes. La Convención la podemos enmarcar como uno de los principales esfuerzos para cambiar las situaciones de colonialismo y de segregación racial existentes en el mundo mientras que la Declaración responde a un nuevo entendimiento en la conformación de lo público y a la eventual práctica de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

La práctica del Comité, además de destacar el trabajo de José Martínez Cobos al interior del Subcomité para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías, ha prestado especial atención en lo que respecta a los pueblos indígenas en su práctica. Sin embargo, la pregunta persistente es cómo conciliar la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial centrado en minorías, extranjeros, mujeres y grupos religiosos tendientes a la eliminación de obstáculos y prohibición de conductas

---

<sup>303</sup> Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, *Guidelines on the follow-up to concluding observations and recommendations*, UN Doc. A/61/18 Annex VI de 18 de agosto de 2006.

con la afirmación positiva de ciertos derechos humanos de los pueblos indígenas y sus miembros individuales hecha en la Declaración.

Si bien el Comité en la práctica ha modificado sus recomendaciones para incluir específicamente referencias a los derechos de los pueblos indígenas y otros grupos diferenciados, lo que fue particularmente visible en el primer reporte anual del Comité después de la adopción de la Declaración<sup>304</sup>. Algunos autores intentan deducir de la práctica la inclusión de la Declaración en el sistema internacional de derechos humanos aunque la presencia de los pueblos indígenas es mucho mayor que las discusiones alrededor de la Declaración, como hemos visto, además de que en las discusiones concernientes a la Convención se hizo mención explícita a los pueblos indígenas<sup>305</sup>, especialmente en lo que respondía a que la protección de ciertos grupos constituía o no una discriminación, donde finalmente se optó por el camino de los derechos individuales para evitar cualquier problema de discriminación inversa.

En las discusiones al interior de la Comisión de Derechos Humanos, las limitaciones de las medidas especiales, según el representante de Chile, permitían la protección de las comunidades aborígenes y, específicamente, el prevenir el desarrollo separado de dichas comunidades que podría significar la permanencia de separaciones y la no integración de la población<sup>306</sup>. Muchos de los países latinoamericanos argumentaban que desde su independencia dichos países habían gozado de una integración perfecta, lo que ha sido uno de los principales puntos a cambiar por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relacionados con los pueblos indígenas.

La práctica del Comité en un comienzo se relacionaba con el entendimiento de la no discriminación como la posibilidad de eliminar todos los obstáculos posibles para poder integrar a todos los individuos y grupos en el total de la población en un país determinado, sin lugar a dudas, dicha posición es coincidente con las primeras consideraciones respecto de los pueblos indígenas como un problema principalmente relacionado con el desarrollo.

---

<sup>304</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su septuagésimo segundo y septuagésimo tercer periodo de sesiones*, UN Doc. A/63/18, de 15 de agosto de 2008; se hace referencia específica a los pueblos indígenas en el estudio de Ecuador §135 y ss., Fiyi § 164 y ss., Namibia § 292 y ss, Nicaragua § 327 y ss., Federación Rusa § 370 y ss., Suecia § 400 y ss., Togo § 460 y ss., Estados Unidos de América § 497 y ss.

<sup>305</sup> Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Summary Record, UN DOC. E/CN.4/Sub.2/SR.411, de 5 de febrero de 1964.

<sup>306</sup> Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Summary Record, UN DOC. E/CN.4/SR.785 de 17 de mayo de 1965.

La práctica del Comité sobre los derechos de los pueblos indígenas tuvo una posición más clara a partir de la adopción de la Recomendación General número 23 en 1997, cuando el borrador de la declaración ya había sido aprobado por el Grupo de Trabajo y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo ya había entrado en vigor. Si bien en la Recomendación General número 8 ya se había mencionado el criterio de autoidentificación para la identificación de los grupos raciales o étnico, si no existía justificación en contrario, y en la recomendación General número 24 donde se confirmaba la autoidentificación y los derechos específicos de minorías y pueblos indígenas sin olvidar los criterios generales de igualdad de derechos y la no discriminación, la recomendación general número 23 pide reconocer la diferencia indígena, proveer las condiciones materiales para que vivan libres de discriminación, permitir un desarrollo compatible con sus características grupales, que no se tomen decisiones en contra de sus derechos o intereses sin su consentimiento previo e informado, así como asegurar el ejercicio de sus derechos.

La práctica internacional y los esfuerzos sobre los derechos de los pueblos indígenas llevaron a una nueva consideración en la práctica del Comité utilizando los nuevos instrumentos sobre los derechos de los pueblos indígenas, recomendando el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sin importar el nombre que se les de a dichos pueblos domésticamente o las situaciones de reconocimiento legal específico. El informe del Comité sobre la República Democrática Popular de Laos hace mención a la oposición del gobierno de clasificar ciertos grupos étnicos como minorías o pueblos indígenas debía cambiarse para reconocer los derechos que internacionalmente se reconocen a dichos grupos sin importar el nombre dado al interior del país<sup>307</sup>, así como en relación a la República de Botswana en el seguimiento de sus recomendaciones menciona que el reconocimiento de los grupos como indígenas y los derechos reconocidos a estos no debe ser discriminatorio<sup>308</sup>.

En lo que respecta al consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas, se intentó distinguir la vida pública en general abierta a la participación de todos los ciudadanos, mientras que la consulta sólo era aplicable en lo que respecta a los derechos

---

<sup>307</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sexagésimo sexto y sexagésimo séptimo periodo de sesiones*, UN Doc. A/60/18, de 3 de septiembre de 2005; se hace referencia específica a los pueblos indígenas en el estudio de la República Democrática Popular de Laos §168-169.

<sup>308</sup> *Ibidem*, sección IV, § 416.

e intereses de los pueblos indígenas<sup>309</sup>. Aunque los razonamientos utilizados no parecen distinguir claramente entre los aspectos formulados negativamente de los derechos humanos, esto es, la prohibición de ciertas conductas a través de la afirmación de los derechos en el sentido positivo que terminó siendo utilizado en la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

### **III.5.1.3.1. Procedimiento de alerta temprana y acción urgente.**

Uno de los procedimientos en los que mayor terreno han ganado los reclamos de los pueblos indígenas al interior del Comité se trata de los procedimientos de alerta temprana y acción urgente, donde la apreciación de los pueblos indígenas como comunidades políticas distintas e identificables. Los primeros esfuerzos sobre el procedimiento de alerta temprana y acción urgente surgió después de la Guerra Fría sobre los desarrollos para evitar los conflictos étnicos, donde la diplomacia preventiva como forma de obtener y mantener la paz<sup>310</sup>. Las nuevas formas de discriminación y exclusión, aunado a ciertos actos de terrorismo significaron una nueva amenaza a la paz social<sup>311</sup>, por lo que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en 1993 adoptara un trabajo sobre la prevención de la discriminación racial que incluía las alertas tempranas y de acción urgente. Las alertas tempranas incluían la falta de legislación para identificar y castigar las formas de discriminación racial, la no implementación de mecanismos o instituciones para solucionar la discriminación, la existencia de patrones de violencia racial al interior de los países, la propaganda que instigaba el odio racial, así como la presencia de refugiados, como puntos más relevantes<sup>312</sup>. Los procedimientos urgentes son aquellos que requieren atención inmediata por la presencia de patrones masivos o persistentes de discriminación racial o que pueden agravar una situación existente.

En los lineamientos del Comité aprobados en el año de 2007 se estableció un solo procedimiento para la alerta temprana y la acción urgente, haciendo referencia expresa a

---

<sup>309</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su quincuagésimo primer periodo de sesiones*, UN Doc. CERD/C/SR.1235 de 18 de agosto de 1997, § 60 y ss.

<sup>310</sup> Secretario General de Naciones Unidas, *Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the summit meeting of the Security Council on 31 January 1992: An Agenda for peace*, UN Doc. A/47/2777-S/24111 de 17 de junio de 1992.

<sup>311</sup> *Ibidem*, § 11.

<sup>312</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones*, Suplemento núm. 18, UN Doc. A/48/18 Annex III, de 15 de septiembre de 1993.

los pueblos indígenas antes comprendidos únicamente como minorías. Para iniciar dicho procedimiento se menciona que el Comité evaluará las situaciones a la luz de la gravedad y escala de la situación, en especial considerando situaciones de violencia generalizada o la posibilidad de daño irreparable para las víctimas de discriminación, en las que se considera a los pueblos indígenas como una comunidad total, no en relación a la sociedad mayoritaria.

La Declaración ha sido utilizada para delimitar las cuestiones sobre las tierras y territorios de los pueblos indígenas aunque no es claro como se intersecta la responsabilidad estatal con la responsabilidad de corporaciones que actúan en los territorios de los pueblos indígenas para el cumplimiento de las medidas de no discriminación. Los casos más relevantes sobre los pueblos indígenas en este sentido se relacionan con la *Native Title Amendment Act* australiana de 1998, la *Seabed and Foreshore Act* neozelandesa de 2004 y los actos de los Estados Unidos de América respecto el Shoshone occidental, en estos tres casos parece existir una tensión entre las medidas especiales como uno de los remedios más importantes para la discriminación racial previstos en la Convención con los derechos humanos previstos específicamente para los pueblos indígenas.

#### **III.5.1.4. Medidas especiales contra la discriminación y los derechos humanos de los pueblos indígenas.**

La dificultad al referirnos a minorías o de pueblos indígenas responde a ciertas interrogantes con las que nos encontramos al hablar de «conceptos legales», una empresa “virtualmente imposible [...] de demarcar, porque parcialmente cualquier concepto [...] puede ser expresado en el derecho o cualquier material jurídico”<sup>313</sup>. La Declaración al utilizar palabras como «pueblos», «indígenas», «identidad», entre otros, ha implicado una interminable discusión respecto de los contenidos e implicaciones de los mismos; del mismo modo, el tratamiento internacional de las minorías tiene la dificultad que inclusive la definición ampliamente aceptada formulada por Francesco Capotorti, que entendía una minoría como un “grupo numéricamente inferior al resto de la población que se encuentra en una posición de no dominación política cuyos miembros que son nacionales del Estado poseen características étnicas, religiosa o

---

<sup>313</sup> FRÄNDBERG, Åke, “An essay on legal concept formation”, en HAGE, Jaap C. y PFORDTEN, Dietmar von der (eds.), *Concepts in law*, Dordrecht: Springer, 2009, p.1-2.

lingüísticas diferentes del resto de la población, poseyendo un sentido de solidaridad para mantener dichas características”<sup>314</sup> ha sido criticada por no incluir todas las posibilidades de minorías y basarse fuertemente en el criterio de la nacionalidad.

Ya hemos resaltado la importancia en el plano institucional internacional de los pueblos indígenas y la participación constante de los mismos en dicho plano, por lo que ahora queda centrarnos en las implicaciones estrictamente jurídicas de dichos «conceptos», reconociendo algunas limitaciones de la teoría jurídica moderna<sup>315</sup>. Sin embargo, en la práctica, el Comité no siempre distingue entre las medidas especiales en contra de la discriminación de los derechos de los pueblos indígenas o de los derechos de las minorías<sup>316</sup>. En este sentido es necesario recordar que la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas sirve como guía para la interpretación de los derechos humanos ya existentes que debe ser considerada en la práctica de los organismos convencionales, la práctica y las consideraciones teóricas de fondo nos permitirán el establecimiento de contenidos claros y límites a los derechos colectivos y a su consecución mediante la eliminación de la discriminación racial.

Las medidas especiales buscan tener un papel especial para ayudar a las minorías a alcanzar la igualdad material reconocida tanto en el plano nacional como internacional, deben distinguirse claramente de los demás derechos humanos reconocidos a los pueblos indígenas. La distinción entre ambos no es baladí, en tanto que las medidas especiales son excepcionales y temporales, acorde al artículo 2(2) de la Convención, mientras que los derechos humanos reconocidos en la práctica y finalmente en la declaración de derechos de los pueblos indígenas no son excepcionales ni contingentes.

Para la distinción entre las medidas especiales y los derechos humanos de los pueblos indígenas tal como son reconocidos en la declaración, es necesario mencionar ciertos

---

<sup>314</sup> Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, UN Doc. E/CN.4/384/Rev.1, 1979, § 568.

<sup>315</sup> Dietmar von der Pfordten nos habla de un doble reduccionismo de la teoría jurídica moderna: el resaltar la instrumentalidad del derecho únicamente con referencia a medios contingentes y los modelos centrados en normas/reglas/principios desdeñando (o dejando en segundo plano) la cuestión institucional y conceptual; PFORDTEN, Dietmar von der, “About concepts in law”, en HAGE, Jaap C. y PFORDTEN, Dietmar von der (eds.), *Concepts in law*, op. cit., p. 17.

<sup>316</sup> V.gr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sexagésimo y sexagésimo primer periodo de sesiones*, Suplemento núm. 18, UN Doc. A/57/18, de 23 de agosto de 2002, Canadá § 315-343. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales Nueva Zelanda*, UN Doc. CERD/C/NZL/17 de 15 de agosto de 2007.

casos para hablar de los criterios normativos de fondo para la distinción entre ambas medidas.

En Australia, existía la *Racial Discrimination Act* de 1975 creada acorde a los estándares establecidos por la “Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial”. Sin embargo, para 1998 el gobierno australiano expidió la *Native Title Amendment Act*, una nueva legislación que establecía que las intervenciones en el territorio norte de Australia constituían medidas especiales que suspendían la aplicación de la *Racial Discrimination Act*. Los razonamientos de fondo sobre la nueva legislación entendía que todo tratamiento diferente en positivo a favor de los pueblos indígenas implicaba discriminación, una opinión mantenida por gran parte de la mayoría de la población australiana<sup>317</sup>. La posición del gobierno australiano está en desacuerdo con la noción utilizada en el derecho internacional de igualdad material además de ser paradójico como los derechos de los pueblos indígenas australianos, pueblos que han sido objeto de discriminación racial históricamente<sup>318</sup>, busquen ser desmantelados bajo un discurso de igualdad.

Centrándonos en los aspectos generales más relevantes de la práctica del Comité, es necesario mencionar que en su Recomendación General número 14, se estableció que para determinar si una determinada política podía ser considerada una medida especial tenía que hacerse de acuerdo con los objetivos y propósitos de la Convención, además de poder determinar si la acción tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo por sus características. Dicha Recomendación General, relacionada con la ya mencionada sobre los derechos de los pueblos indígenas, implicaría que los Estados requieren pedir el consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas cuando sus decisiones afecten sus derechos o intereses. Lo anterior es acorde a las consideraciones que hemos hecho en la segunda parte de este trabajo, especialmente en lo que respecta a la consideración de los pueblos indígenas como una comunidad política, con las mismas responsabilidades ante sus miembros como lo sería cualquier otro Estado.

Si bien los problemas de la *Native Title Amendment Act* son claros si nos centramos en las cuestiones de medidas especiales, al no limitar las medidas a un periodo de tiempo,

---

<sup>317</sup> JONAS, William y DONALDSON, Margaret, “The legitimacy of special measures”, en GARKAWE, Sam, KELLY, Loretta y FISHER, Warwick (eds.), *Indigenous human rights*, Byron Bay, Australia: Australian Indigenous Human Rights Conference-Sydney University Law School, 2001, p. 10.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 16.



la cuestión de fondo radica en que los derechos adquiridos por los pueblos indígenas a través de sus títulos históricos sobre sus tierras son esencialmente *sui generis* de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina australiana<sup>319</sup>. Uno de los principales problemas jurídico técnicos radica en que la misma declaración reafirma la intención de eliminar todas las formas de discriminación varias veces en su preámbulo, reafirma el derecho de no discriminación de los pueblos indígenas en su artículo 2º, estableciendo que el Estado tiene la obligación para alcanzar dicho objetivo a lo largo de toda la declaración.

En la práctica internacional se ha distinguido entre minorías y pueblos indígenas, lo que es claro al ver los esfuerzos de los pueblos indígenas que no se limitaron al marco jurídico ya desarrollado para las minorías como lo vemos desde la adopción de la Convención número 107 de la Organización Internacional del Trabajo, posición reafirmada en la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité no siempre distingue entre las medidas especiales de las recomendaciones que hacen referencia a los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, discutiendo el reporte periódico de Nueva Zelanda, se incorporó una extensa sección sobre medidas especiales de acuerdo con el artículo 2(2) de la Convención, donde el reportero del Comité para dicho país se cuestionó el porque se consideraban los tratados internacionales firmados con los Maori y otros pueblos indígenas como medidas especiales.

Las medidas especiales también benefician a los grupos e individuos para que puedan disfrutar los derechos humanos que se les reconocen, sin embargo, parece que el establecer el criterio diferenciador en esta posición no sirve para distinguir claramente dichos derechos de los pueblos indígenas. La forma ontológica, normalmente referida como descriptiva, sobre la que se intenta articular las diferencias de los pueblos indígenas y de otros grupos humanos no permite el establecimiento de las premisas normativas suficientes para los derechos humanos de ambos. Will Kymlicka identifica tres ejes sobre los cuales la declaración puede servir a los avances en los derechos de las minorías, en la parte sustantiva a través de la libre determinación y la autonomía, en la parte formal a través de instrumentos jurídicos diseñados específicamente para ciertas circunstancias y en el nivel procedimental a través de la inclusión de los grupos

---

<sup>319</sup> LÖFGREN, Neil, "Compulsory acquisition and the right to negotiate", *Land, rights, laws: issues in native title*, vol. 1, núm. 25, septiembre de 1998, p. 1-6.

interesados en las instancias de decisión y creación del Derecho<sup>320</sup>. Sin embargo, esta posición defendida por Kymlicka ya ha sido objeto de reflexión en otros apartados, concentrándonos principalmente que la preeminencia teórica del individualismo no sirve para una argumentación coherente de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por lo que hemos optado por otro camino que nos ha permitido establecer que los derechos colectivos tienen sentido en tanto que permiten la participación en común de los miembros en varios bienes humanos básicos que justifican su existencia y continuidad evitando las contradicciones que tienen ciertas teorías liberales al respecto.

Hasta ahora hemos intentado delimitar los elementos de la discusión sobre los derechos colectivos, en el plano de la fundamentación hemos delimitado ciertos bienes humanos básicos como aspectos fundamentales de la acción humana, ya en el plano de juridificación de los mismos es necesario entender que las diversas formas en las que se formulan los derechos humanos que deben atender a criterios de justicia y de consideración del bien común para su articulación en el entendido que los pueblos indígenas, así como otros grupos humanos, constituyen comunidades políticas bajo ciertas circunstancias.

En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su análisis sobre Fiyi reflexionó sobre quienes son considerados indígenas al interior de dicho país, la población compuesta por fiyianos indígenas e indo-fiyianos en números muy parecidos aunque el control territorial y político es de los fiyianos indígenas<sup>321</sup>. Este contexto llevó al Comité a interrogarse sobre el uso del término «pueblos indígenas» en Fiyi, específicamente porque la distribución territorial hasta ese momento inhibía el crecimiento económico, social y político de los grupos indo-fiyianos, además de crear situaciones de discriminación en contra de dichos grupos. Bien podría entenderse este como un caso aislado que no demuestra las realidades políticas generales de los pueblos indígenas aunado a otros casos en los que las personas homosexuales son discriminados al interior de los pueblos indígenas. Esta cuestión no es un caso aislado ni baladí en tanto que las formulaciones en negativo de los derechos humanos no están sujetas a las limitaciones previstas en el derecho internacional de los derechos humanos, mientras que las formulaciones en positivo en tanto derechos

---

<sup>320</sup> KYMLICKA, Will, “Beyond the indigenous/minority dichotomy?”, en ALLEN, Stephen y XANTHAKI, Alexandra (eds.), *Reflections on the UN declaration on the rights of indigenous peoples*, op. cit., p. 191-192.

<sup>321</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales Fiyi*, CERD/C/FJI/CO/17 de 16 de mayo de 2008, § 9, 13.

colectivos implican el reconocimiento también de responsabilidades colectivas de dichos grupos para el completo cumplimiento de los derechos humanos.

Las confusiones entre las minorías y los pueblos indígenas es claro en un artículo de Martin Scheinin, que centra las posibilidades de derechos de minorías y pueblos indígenas respecto la dominancia de un grupo en una sociedad<sup>322</sup>. Para Scheinin si un pueblo indígena obtiene el poder político al interior de un país con una posición dominante, lo que también sería aplicable para una minoría, haría que los derechos indígenas o de las minorías perderían su razón de ser y ya no serían aplicables<sup>323</sup>. La visión de los derechos de los pueblos indígenas como herramientas únicamente tendientes a modificar una situación de marginalización, dentro de los cuales uno de sus mayores ejemplos lo tenemos en la no discriminación, sería una reducción de las pretensiones indígenas articuladas desde el inicio de la Organización de las Naciones Unidas. Las conclusiones de Martin Scheinin son difíciles de aceptar en tanto que se reducen las posibilidades de los derechos de los pueblos indígenas, asimismo, si consideramos a los pueblos indígenas “no sólo como grupos organizados alrededor de asuntos particulares, sino comunidades antiguas con culturas enraizadas históricamente e instituciones políticas y sociales distintas”<sup>324</sup> lo mismo podría afirmarse de otras minorías como los vascos o kurdos, cuestión que sería distinta si se elabora sobre los elementos normativos de las pretensiones de fondo detrás de los derechos colectivos y sus limitaciones.

La práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial al hacer referencia a los derechos colectivos de los pueblos indígenas no los trata como incompatibles con los derechos individuales reconocidos internacionalmente, haciendo

---

<sup>322</sup> SCHEININ, Martin, “What are indigenous peoples?”, en GHANEA, Nazila y XANTHAKI, Alexandra (eds.), *Minorities, peoples and self-determination: essays in honor of Patrick Thornberry*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 3-13.

<sup>323</sup> El Comité ha dejado claro que el número de personas consideradas como indígenas y su posición de dominación no implica que los derechos de los pueblos indígenas no sean reconocidos en la práctica por los distintos cuerpos de derechos humanos de las Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sexagésimo cuarto y sexagésimo quinto periodo de sesiones*, Suplemento núm. 18, UN Doc. A/58/18, de 23 de septiembre de 2004, Bolivia § 327-350 y Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sexagésimo octavo y sexagésimo noveno periodos de sesiones*, UN Doc. A/61/18, de 1 de septiembre de 2006, Guatemala § 101-128.

<sup>324</sup> XANTHAKI, Alexandra, *Indigenous peoples and United Nations standards...*, op. cit., p. 4.

referencia a ambos en una misma recomendación<sup>325</sup> o empleando términos genéricos<sup>326</sup>, el enfoque del Comité centrado en la prohibición de la discriminación y sus consecuencias normativas puede esclarecer las reticencias de muchos Estados en lo que respecta a la consideración de los derechos colectivos como un riesgo para los derechos individuales. La prohibición de la discriminación no es un principio flexible o sujeto a excepciones en lo que respecta a las medidas especiales como uno de los principales instrumentos para hacer frente a dicha situación, sin embargo, el Comité puede incluir a la Declaración en su práctica reconociendo a los pueblos indígenas con todas sus consecuencias, tales como la que menciona el artículo 35 de la Declaración sobre el derecho colectivo de los pueblos indígenas a determinar la responsabilidad de los individuos respecto de sus comunidades.

La práctica del Comité ha incluido a los pueblos indígenas desde sus comienzos, expandiendo y estableciendo un uso para los Estados para hacer frente a la amplia posibilidad de situaciones humanas, sin embargo, las posibilidades sobre el futuro de los derechos de los pueblos indígenas depende en gran medida de refinar las implicaciones positivas y negativas de los derechos humanos, lo que obtiene una mayor importancia si consideramos que la declaración no tiene un cuerpo encargado del monitoreo de la misma sino que dicha obligación recae en los cuerpos de derechos humanos ya establecidos, en las que la prohibición de la discriminación sirve para evitar situaciones inicuas al interior de los pueblos indígenas mismos.

---

<sup>325</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su septuagésimo y septuagésimo primer periodos de sesiones*, UN Doc. A/62/18, de 1 de septiembre de 2007, India, § 177.

<sup>326</sup> En las recomendaciones a Ecuador se habla de la “propiedad comunal” para incluir también la propiedad sobre tierras y territorios indígenas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su septuagésimo y septuagésimo primer periodos de sesiones*, UN Doc. A/63/18, de 1 de noviembre de 2008, Ecuador, § 144.

#### **IV. Conclusiones.**

(1) Los contextos formativos de la “Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas” comienzan con la presencia constante de los pueblos indígenas al interior de la Organización de las Naciones Unidas desde su establecimiento. Dentro de dicho plano institucional resulta claro que si bien no existían organismos creados específicamente para el análisis de los pueblos indígenas, los procesos técnicos y políticos han permitido la legitimación de las demandas y pretensiones de los pueblos indígenas. El haber optado por la adopción de una declaración de derechos para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se hizo por ciertas cuestiones pragmáticas en la concreción de los mismos, especialmente para posibilitar la participación de los pueblos indígenas en las discusiones de la misma.

(2) Desde una perspectiva formal del derecho internacional, las ventajas pragmáticas por las que se optó por una declaración de derechos conllevan otras dificultades. Una de las más significativas radica en la distinción que se ha elaborado en el derecho internacional entre las «fuentes» formales del derecho internacional y otros instrumentos políticos, así como el hecho de que no se prevén competencias para adoptar resoluciones vinculantes jurídicamente por la Asamblea General.

Dichos aspectos del derecho internacional en un plano comparativo no permiten el sacar conclusiones generales, en tanto que otros instrumentos políticos o declaraciones de derecho han tenido distintos procedimientos de especificación para ser considerados como vinculantes, de una u otra manera, en el plano jurídico internacional. La distinción hecha entre el *hard* y *soft law* ha sido entendida de diversas maneras en el derecho internacional, centrándose en las consecuencias específicas de uno o de otro para distinguirlos. Sin embargo, la explicación del *hard* y *soft law* en los mismos términos y premisas oscurecen las razones que se encuentran de fondo para la adopción de una u otra categoría, en tanto que no se entienden las ventajas de adoptar un instrumento cuasi-jurídico expresado en términos jurídicos.

Si la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es una recomendación son consecuencias jurídicas, donde existe la posibilidad de que la misma sea descartada dependiendo de las posiciones estatales parece existir una contradicción práctica que socava los fundamentos de existencia de la misma, persiste la pregunta de porqué

adoptar un documento expresado en términos jurídicos si sus consecuencias son exiguas, cuando menos. Por lo anterior, el entendimiento general entre el *hard* y el *soft law* no puede ser el punto de partida idóneo para la consideración de la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

(3) Centrándonos específicamente en el análisis de los instrumentos políticos y declaraciones de derechos utilizados en el derecho y relaciones internacionales, hemos observado que los mismos tienen implicaciones teóricas singulares respecto de las «fuentes» formales del derecho internacional. Dentro de dichas relaciones, la de la declaración con el derecho consuetudinario normalmente se intenta relacionar con el hecho de que votar en la Asamblea General significa la existencia de una norma consuetudinaria. Sin embargo, esta posición debe ser considerada a partir del voto con aspectos formales –adoptar una declaración no vinculante–, material –el contenido de la declaración–, así como el foro en el que se hace.

Si tenemos en mente los tres aspectos de los votos en la Asamblea General es claro que todos deben considerarse aunque, para las relaciones entre el derecho consuetudinario internacional y la declaración, el aspecto formal puede obviarse en tanto que dicha posición sirve para explicar las razones para la adopción de la declaración de derechos sobre los pueblos indígenas; mientras que el aspecto material servirá para conocer la posición de los Estados para la eventual conformación de normas consuetudinarias proscribiendo ciertas conductas para los Estados, sin que se entiendan como normas ya establecidas respecto de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en la declaración. Asimismo, el contexto institucional de la Asamblea General de las Naciones Unidas parece apoyar dicha idea en su práctica histórica y abre una serie de posibilidades para la continuación de procesos internacionales tendientes a mejorar la protección de los derechos de los pueblos indígenas legitimando en su práctica la discusión política al interior de la Asamblea General.

(4) Los aspectos técnico-jurídicos de la declaración significan, en gran medida, la ausencia de normas establecidas en derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas; lo que hace necesario la construcción teórica de los mismos, en tanto que la posibilidad de establecer normas internacionales necesita de una conciliación entre los derechos humanos ya establecidos y las novedades que implican los derechos de los pueblos indígenas.

Esta situación, aunado al uso moderno del idioma de los derechos nos llevan a buscar distinguir como es que los derechos son utilizados como instrumentos ordinarios para describir los resultados de procedimientos legales y como declaraciones de razones que se deben tener en alta estima o consideración. En análisis de las formas jurídicas de Hohfeld como uno de los principales exponentes de los intentos de analizar los derechos, así como las teorías del interés de la voluntad y de la elección para explicar sus funciones tienen diversas consecuencias si los aplicamos a los derechos humanos.

Las dificultades de encontrar aspectos básicos que nos permitan la identificación de ciertos bienes protegidos por los derechos humanos nos llevó a utilizar una clasificación en la que distinguimos entre: (i) bienes sustantivos, compartidos por todas las personas antes de perseguirlos deliberadamente: (a) como seres y sustancias orgánicas, la vida, misma que implica la salud y seguridad; (b) como agentes dotados de razón, con capacidades para conocer y sentir, el conocimiento y la experiencia estética; y, (c) como seres racionales para expresar significados y servir a propósitos, la diversión y el trabajo. (ii) Bienes reflexivos, elegidos por los agentes mediante la deliberación y la elección: (d) el vivir en armonía y paz con los otros, que puede ser entendido como amistad o sociabilidad; (e) la posibilidad de poner en marcha nuestra inteligencia para tomar decisiones y elegir nuestras acciones, que en un sentido interno implicaría la reflexión sobre nuestras emociones y elecciones en paz con nosotros mismos como un acto reflexivo; y, un sentido externo, que implica que nuestras acciones puedan ser ejecutadas involucrando “la libertad, razón, integridad y autenticidad”, es decir, nuestra racionalidad práctica; y, (f) la búsqueda de un significado omnicomprendivo de nuestra razón de ser, es decir, nuestra espiritualidad o religión. Estos bienes humanos básicos nos servirán de base para los derechos humanos individuales y colectivos, donde se implican mutuamente y se destacan ciertas reglas de racionalidad práctica para su participación, sin que exista prioridad entre ellos ni una absoluta consecución de los mismos, además de constituir límites para la acción.

(5) Los bienes humanos básicos que desarrollamos en el trabajo nos permiten tratar los aspectos de derechos individuales y colectivos sin dar prioridad teórica a ninguno de ellos. Después de analizar el marco teórico desarrollado por Will Kymlicka como uno de los principales exponentes académicos de los intentos de conciliar la tradición liberal con los derechos colectivos, hemos destacado ciertas deficiencias de su teoría, concluyendo que la misma no nos permite sacar conclusiones coherentes para las

distintas situaciones de los grupos humanos. Asimismo, destacamos que el papel de los bienes humanos básicos nos permite no entrar a aspectos de mucha mayor envergadura filosófica, como lo sería la descripción ontológica sobre quiénes son indígenas o qué es un pueblo indígena, sin que esto implique una dificultad teórica para los derechos de los pueblos indígenas.

(6) Un punto que consideramos indispensable para la conformación de los derechos de los pueblos indígenas radica en su consideración como comunidades políticas completas. Para dichos efectos hemos utilizado ciertos aspectos teóricos de Ronald Dworkin para ver como la estructura de la comunidad y ciertos valores centrales a la misma son los elementos necesarios para una comunidad política.

Sin embargo, dicha teoría de Dworkin tiene una dificultad al considerar que los grupos humanos deben llevar sus relaciones con base a una “igual consideración y respeto”, lo que consideramos un argumento contradictorio y con deficiencias de contenido. Por dicha situación, hemos recalcado la importancia de los bienes humanos básicos como valores inconmensurables e irreducibles a aspectos meramente individuales o sociales, el requisito de imparcialidad entre personas y la participación de los otros en dichos bienes humanos básicos resaltan el hecho de que toda acción humana está condicionada por el hecho de que las personas viven juntas de donde resultan ciertos aspectos de bien común relacionados con los bienes humanos básicos. La participación en los bienes humanos básicos constituyen los límites de la comunidad política y permiten la articulación derechos colectivos de forma armoniosa.

(7) Otra dificultad teórica radica el entendimiento de los bienes individuales o colectivos que se buscan proteger a través de los derechos. Las discusiones teóricas han buscado establecer cierto “derecho a abandonar el grupo” para salvaguardar los intereses individuales de toda pretensión colectiva. Sin embargo, hemos argumentado que dicho potencial derecho no es necesario y es difícilmente defendible desde las distintas posiciones teóricas.

Por lo que hemos de destacar que si se han utilizado los derechos como una de las formas principales para la expresión de las demandas de justicia, así como para la evaluación de ciertas conductas, es necesario remarcar las complejidades propias de la colaboración, coordinación y restricciones mutuas que involucra la obtención del bien común, con la innegable situación de tener que elegir entre distintas instituciones,



políticas, programas, derechos y decisiones. Una de las fortalezas de utilizar el idioma de los derechos a los reclamos formulados colectivamente por los pueblos indígenas, responde a que utilizado con mesura indica un cierto estado objetivo sobre la justicia y no señala estrictamente lo que se requiere de cada uno de forma individual sino basado en ciertos aspectos relacionales de los bienes humanos básicos.

(8) La expresión jurídica de los bienes humanos básicos los hemos analizado distinguiendo entre las normas redactadas en forma negativa que tienen ciertas características que no comparten las formas positivas de derechos. Las formulaciones negativas al prohibir formalmente algo crean consciencia de que prohíben, esto es, el prohibir una conducta determinada sólo puede cumplirse si consideramos en forma afirmativa aquello que se prohíbe, la afirmación de “No X” no implica la afirmación de “Y” ni viceversa; por lo que para cumplir con una prohibición es necesario hacer inteligible aquello que se prohíbe. La utilización de las formas negativas para la redacción de instrumentos internacionales de derechos humanos parecen implicar que los mismos tienen una fuerza conclusiva, imaginando situaciones posibles para las limitaciones de los derechos tendríamos que considerar las posibilidades de interferencia en el ejercicio de un derecho, sea individual o colectivo, inclusive considerando la posibilidad del ejercicio del mismo derecho u otros, hemos destacado la necesaria existencia de diversas concepciones de los bienes humanos en las que se debe buscar la vida plena acorde a las diversas comunidades políticas, no evitando la discusión bajo un criterio de «igual respeto y consideración» sino facilitándola y propiciándola. Este último aspecto es el que permite una intervención política genuina a través de realización de acciones propias e insobornables.

(9) Como último aspecto, hemos analizado como la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas puede servir para la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, tanto desde el plano jurídico internacional desde el que valoramos la declaración como desde la perspectiva filosófica que desarrollamos a lo largo del trabajo. El no dar conceptos fijos para la discriminación, así como de los pueblos indígenas, permite la articulación de nuevas acciones que permitan el reposicionamiento de los pueblos indígenas al interior del Estado, sin que se busque una asimilación de los pueblos indígenas sino que se reconozca su papel como comunidad política que facilite la participación política genuina necesaria para un Estado democrático.

## **V. Bibliografía.**

- AAVV., *Derechos indígenas en la actualidad*, México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- AAVV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid: Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, 1994.
- ABBOTT, Kenneth W. y SNIDAL, Duncan, “Hard and soft law in international governance”, *International Organization*, vol. 54, núm 3, verano de 2000, p. 421-456.
- ALEXU, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALLEN, Stephen y XANTHAKI, Alexandra (eds.), *Reflections on the UN declaration on the rights of indigenous peoples*, Oxford: Hart Publishing, 2011.
- ANAYA, S. James, “Superpower attitudes towards indigenous peoples and group rights”, *American Journal of International Law Proceedings*, vol. 93, núm. 251, 1999.
- , *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad. de Luis Rodríguez Piñero con la colaboración de Pablo Gutiérrez y Bartolomé Clavero, Madrid: Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, 2005.
- ARENDT, Hannah, *La condición humana*, 6ª ed., trad. de Ramón Gil, Barcelona: Paidós, 2011.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano, “The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of principles of Friendly Relations”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des cours*, Martinus Nijhoff, t. III, 1972.
- ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, 2ª ed., Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2006.
- ASÍS, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas, 2001.
- BADGER, Austin, “Collective v. Individual human rights in membership governance for indigenous peoples”, *American University International Law Review*, vol. 20, núm. 2, 2011.
- BALADO, Manuel y GARCÍA REGUEIRO, J. Antonio (dirs.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Barcelona: Editorial Bosch-Centro Internacional de Estudios Políticos, 1998.
- BANTON, Michael, *Racial theories*, 2ª ed., Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1998.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid: Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid-Instituto Bartolomé de las Casas, 2004.
- BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- BESSON, Samantha y TASIOULAS, John (eds.), *The philosophy of international law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BOBO, Lawrence D., “Prejudice as group position: microfoundations of a sociological approach to racism and race relations”, *Journal of Social Studies*, vol. 55, núm. 3, 1999, p. 445-472.

- BRETT, Annabel S., *Liberty, right and nature: individual rights in the latter scholastic thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- CASSESE, *International law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.), *Making the declaration work: the United Nations declaration on the rights of indigenous peoples*, Copenhagen: IWGIA, 2009.
- COLEMAN, Jules y SCHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- CONNOLLY, Anthony J. (ed.), *Indigenous rights*, Surrey, Reino Unido: Ashgate Publishing, 2009.
- CORREAS, Óscar, “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, *Crítica jurídica: Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 14, 1995, p. 15-31.
- COWAN, Jane K., DEMBOUR, Marie-Bénédicte, WILSON, Richard A. (eds.), *Culture and rights: anthropological perspectives*, 4ª reimpr., Nueva York: Cambridge University Press, 2001.
- CRAVEN, Matthew, “Legal differentiation and the concept of the human rights treaty in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 3, 2000.
- DRURY, Shadia, *Aquinas and modernity: the lost promise of natural law*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.
- , *Law’s empire*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- , *A matter of principle*, reimpr. Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- ELEFTHERIADIS, Pavlos, *Legal rights*, Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- , , “Human rights as legal rights”, *Transnational legal theory*, vol. 1, núm. 3, 2010, p. 371-392.
- , “Descriptive jurisprudence”, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 5, 2011, p. 117-145.
- ELIAS, Norbert, *The civilizing process*, Londres: Blackwell publishing, 2000.
- FEINBREG, Joel, *Problems at the roots of law: essays in legal and political theory*, Nueva York: Oxford University Press, 2003, versión Kindle.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 2013.
- FINNIS, John, *Fundamental of ethics*, Washington D.C.: Georgetown University Press, 1983.
- , *Natural law & natural rights*, 2ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- , *Intention and identity: collected essays*, vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GALENKAMP, Marlies, *Individualism versus collectivism: the concept of collective rights*, Rotterdam: Sanders Instituut-Gouda Quint, 1998.
- GARKAWE, Sam, KELLY, Loretta y FISHER, Warwick (eds.), *Indigenous human rights*, Byron Bay, Australia: Australian Indigenous Human Rights Conference-Sydney University Law School, 2001.

- GEORGE, Robert P., *Making men moral: civil liberties and public morality*, 1ª reimpr., Nueva York: Oxford University Press, 2002.
- GHANEA, Nazila y XANTHAKI, Alexandra (eds.), *Minorities, peoples and self-determination: essays in honor of Patrick Thornberry*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- GLENDON, Mary Ann, *Rights talk: the impoverishment of political discourse*, Nueva York: The Free Press, 1991.
- GÓMEZ ISA, Felipe y FEYTER, Koen de (eds.), *International protection of human rights: achievements and challenges*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- GRIEFF, Pablo de (ed.), *The handbook of reparations*, Oxford: Oxford University Press-The International Center for Transitional Justice, 2006, versión Kindle.
- GRIFFIN, James, *On human rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008, versión Kindle.
- GRISEZ, Germain, BOYLE, Joseph, FINNIS, John, “Practical principles, moral truth, and ultimate ends”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 32, 1987, p. 99-151.
- GRUCHALLA-WESIERSKI, Tadzysz, “Framework for understanding «soft law»”, *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, vol. 30, núm. 1, 1984.
- GUZMAN, Andrew T., “A compliance-based theory of international law”, *California Law Review*, vol. 90, núm. 6, diciembre de 2002, p. 1823-1887.
- HAGE, Jaap C. y PFORDTEN, Dietmar von der (eds.), *Concepts in law*, Dordrecht: Springer, 2009.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, 2ª ed., Nueva York: Oxford University Press, 1997.
- , *Essays on Bentham: jurisprudence and political theory*, 1ª reimpr., Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3ª ed., trad. de Genaro Carrió, México: Fontamara, 1995.
- HUANACUNI MAMANI, Fernando, *Buen vivir/vivir bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*, 3ª ed., La Paz: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2010.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, 2ª ed., México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- JOVANOVIĆ, Miodrag A., *Collective rights: a legal theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- JUNG, Courtney, *The moral force of indigenous politics: critical liberalism and the Zapatistas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- KAYESS, Rosemary y FRENCH, Philip, “Out of darkness into light? Introducing the Convention on the rights of persons with disabilities”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 1, enero de 2008, p. 1-34.
- KLABBERS, Jan, “The redundancy of soft law”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 65, 1996, p. 167-182.
- KONYNDYK DeYOUNG, Rebecca, McCLUSKEY, Collen, DYKE, Christina van, *Aquinas’s ethics: metaphysical foundations, moral theory and theological context*, Indiana: Notre Dame University Press, 2009.
- KUKATHAS, Chandran, “Are there any cultural rights?”, *Political Theory*, vol. 20, núm. 1, febrero de 1992.
- KYMLICKA, Will, *Liberalism, community and culture*, Oxford: Clarendon Press, 1989.
- , *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona: Paidós, 1996.

- KYMLICKA, Will y OPALSKI, Magda (eds.), *Can liberal pluralism be exported?: Western political theory and ethnic relations in Eastern Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- LANDAUER, Carl, “Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 4, 2003, p. 767-799.
- LAPORTA, Francisco J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm.4, p. 23-46.
- LAUREN, Paul Gordon, *The evolution of international human rights: visions seen*, 3ª ed., Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2011.
- LAUTERPACHT, Hersch y SANDS, Philippe (introducción), *An international bill of the rights of man*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LIPSON, Charles, “Why are some international agreements informal?”, *International Organization*, vol. 45, núm. 4, otoño de 1991, p. 495-538.
- LÖFGREN, Neil, “Compulsory acquisition and the right to negotiate”, *Land, rights, laws: issues in native title*, vol. 1, núm. 25, septiembre de 1998, p. 1-8.
- LUKÁCS, Georg, *El asalto a la razón: la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, trad. de Wenceslao Roces, México: Fondo de Cultura Económica, 1959.
- MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, trad. de Amelia Valcárcel, Barcelona: Editorial Crítica, 1984.
- MARROQUÍN, Alejandro, *Balance del indigenismo: informe sobre la política indigenista en América*, México: Instituto Indigenista Interamericano, 1972.
- MARTÍ I PUIG, Salvador (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina: el reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Barcelona: Fundació CIDOB, 2007.
- MASON, Andrew, “Imposing liberal principles”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Especial issue: *Pluralism and liberal neutrality*, vol. 1, núm. 3, 1998, p. 98-116.
- MAY, Stephen, “Language rights: moving the debate forward”, *Journal of sociolinguistics*, vol. 9, núm. 3, 2005, p. 319-347.
- MCKEAN, Warwick Alexander, *Equality and discrimination under international law*, Oxford: Oxford University Press, 1983.
- MICHAELS, Ralf y PAUWELYN, Joost, “Conflict of norms or conflict of laws? Different techniques in the fragmentation of international law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, núm. 3, abril de 2012, p. 349-376.
- MOSKOWITZ, Moses, *Human rights and the world order*, Londres: Stevens & Sons, 1959.
- NEWMAN, Dwight, *Community and collective rights: a theoretical framework for rights held by groups*, Portland, Or.: Hart Publishing, 2011.
- OKIN, Susan Moller, “«Mistresses of their own destiny»: group rights, gender, and realistic rights of exist”, *Ethics*, vol. 112, núm. 2, enero de 2002, p. 205-230.
- OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos: fundamentos, contextos formativos y normas de derecho internacional*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2012.
- PAREKH, Bhikhu, *A new politics of identity: political principles for an interdependent world*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2008.
- PATZI, Félix, *Modelo de vida de pueblos indígenas: maya, quechua, aymara, guaraní, mapuche, miskito y kuna*, La Paz: Fondo Indígena, 2010.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, 1ª reimpr., Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PERETTI, Cristina de, *Jacques Derrida: texto y deconstrucción*, Barcelona: Anthropos, 1989.
- PHILLIPS, Anne, *Multiculturalism without culture*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2007, versión kindle.
- PRIOR, Arthur N. Y HASLE, Peter et al. (eds.), *Papers on time and tense*, 2ª ed., 1ª reimpr., Oxford: Oxford University Press, 2010.
- PULITANO, Elvira (ed.), *Indigenous rights in the age of the UN declaration*, Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2012.
- QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia, *Human rights and disability: the current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, Ginebra: United Nations Publication, 2002.
- RAUSTIALA, Kal, "Compliance & effectiveness in international regulatory cooperation", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 32, núm. 387, 2000, p. 387-414.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, reimpr. ed. rev., Nueva York: Oxford University Press, 1996.
- , , "Multiculturalism", *Ratio Juris*, vol. 11, núm. 3, septiembre de 1998, p. 193-205.
- , *Practical reason and norms*, Nueva York: Oxford University Press, 1999.
- , *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- , *The morality of freedom*, reimpr., Oxford: Oxford University Press, 2009.
- , *Engaging reason: on the theory of value and action*, 1ª reimpr., Oxford: Oxford University Press, 2010.
- RÉAUME, Denise, "Individuals, groups, and rights to public goods", *University of Toronto Law Review*, vol. 38, núm. 1, 1988, p. 1-27.
- REITMAN, Oonagh, "Multiculturalism and feminism: incompatibility, compatibility, or synonymity?", *Ethnicities*, vol. 5, núm. 2, 2005, p. 216-247.
- RICHARDSON, Benjamin J., IMAI, Shin y McNEIL, Kent (eds.), *Indigenous peoples and the law: comparative and critical perspectives*, Portland, Oregon: Hart Publishing-Osgoode Readers, 2009.
- RODLEY, Nigel S., "Human rights and humanitarian intervention: the case-law of the world court", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 38, núm. 2, abril de 1989, p. 321-333.
- ROSENFELD, Michel, *Law, justice, democracy, and the clash of cultures: a pluralist account*, Nueva York: Cambridge University Press, 2011.
- SIMMA, Bruno, "From bilateralism to community interest in international law", *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff, vol. 250, 1994.
- SCHAFFER, Gregory C. y POLLACK, Mark A., "Hard versus soft law in international security", *Boston College Law Review*, vol. 52, núm. 4, enero de 2011, p. 1147-1241.
- SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz: CLACSO-Plural Editores-CEJIS-IWGIA, 2012.

- SHACHAR, Ayelet, *Multicultural jurisdictions: cultural differences and women's rights*, Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 2004.
- SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- SHUTE, Stephen y HURLEY, Susan (eds.), *On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York: Basic Books, 1993.
- STEINER, Hillel, *An essay on rights*, Oxford: Blackwell Publishing, 1994.
- STOCKING, George W. Jr., *Race, culture, and evolution: essays in the history of anthropology*, Chicago: The University of Chicago-Palgrave MacMillan, 1982.
- SUMNER, L.W., *The moral foundations of rights*, Oxford: Oxford University Press, 1987.
- TAYLOR, Charles, *Philosophy and the human sciences*, 3ª reimpr., Nueva York: Press Syndicate of the University of Cambridge, vol. II, 1990.
- , *Argumentos filosóficos: ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, 2ª reimpr., trad. de Fina Birulés Beltrán, Barcelona: Paidós, 2012.
- TRUBEK, David M., COTTRELL, M. Patrick y NANCE, Mark, “«Soft law», «hard law», and European integration: toward a theory of hybridity”, *University of Winsconsin research paper*, núm. 1002, noviembre de 2005, p. 1-43.
- TOMUSCHAT, Christian, “Obligations arising for states without or against their will”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff, vol. 241, 1993.
- TORBISCO CASALS, Neus, *Group rights as human rights: a liberal approach to multiculturalism*, Dordrecht: Springer, 2006.
- TORRE, Massimo la, *La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho*, trad. de Cristina García Pascual, Madrid: Dykinson-Instituto Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, 2008.
- TUNKIN, Grigory, “The legal nature of United Nations”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law: Recueil des cours*, Martinus Nijhoff, 1966.
- WALDRON, Jeremy, *Liberal rights: collected papers 1981-1991*, Nueva York: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1993.
- (ed.), *Theories of rights*, 1ª reimpr, Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- WILLIAMS, Raymond, *Culture and society, 1750-1950*, Nueva York: Anchor Books-Columbia University Press, 1960.
- XANTHAKI, Alexandra, *Indigenous rights and United Nations standards: self-determination, culture and land*, Nueva York: Cambridge University Press, 2007.
- YOUNG, Iris Marion, *Justice and the politics of difference*, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1990.
- , *Inclusion and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

#### **Otros Documentos.**

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Comunicado de prensa*, Ginebra: UN publication, 13 de septiembre de 2007.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Unidos contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, Nueva York: United Nations Publication, 2012.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial*, vigésimo periodo de sesiones, A/RES/2106/A de 21 de diciembre de 1965.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los derechos de las personas mentalmente retardadas*, vigésimo sexto periodo de sesiones, A/RES/2856 de 20 de diciembre de 1971.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los derechos de las personas con discapacidad*, trigésimo periodo de sesiones, A/RES/3447 de 9 de diciembre de 1975.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Setting international standards in the field of human rights*, cuadragésimo primer periodo de sesiones, A/RES/41/120 de 4 de diciembre de 1986.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *World Conference on Human Rights: Viena Declaration and programme of action*, UN Doc. A/Conf.157/22 de 22 de junio de 1993.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, sexagésimo primer periodo de sesiones, A/RES/61/295 (Anexo) de 13 de septiembre de 2007.

Comisión de Derechos Humanos, “Report of the open-ended inter-sessional ad hoc working group on a permanent forum for indigenous people in the United Nations system”, UN Doc. E/CN.4/1999/83 de 25 de marzo de 1999.

Comisión de Derechos Humanos, “Report of the open-ended inter-sessional ad hoc working group on a permanent forum for indigenous people”, UN Doc. E/CN.4/2000/86 de 28 de marzo de 2000.

Comisión de Derechos Humanos, “Human rights and indigenous issues”, UN Doc. E/CN.4/Res/2001/57 de 24 de abril de 2001.

Consejo de Derechos Humanos, *Comentario general número 24: Problemas relacionados con las reservan hechas a la ratificación o acceso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o a los protocolos adicionales, o en relación a las declaraciones según el artículo 41 del Pacto*, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, noviembre de 1994.

Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen*, UN Doc. A/HRC/4/32 de 27 de febrero de 2007.

Consejo de Derechos Humanos, *Expert mechanism on the rights of indigenous peoples*, UN Doc. A/HRC/Res/6/36 de 14 de diciembre de 2007.

Consejo Económico y Social, “Establishment of a Permanent Forum on Indigenous Issues”, E/Res/2000/22 de 28 de julio de 2000.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su quincuagésimo primer periodo de sesiones*, UN Doc. CERD/C/SR.1235 de 18 de agosto de 1997.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su quincuagésimo primer periodo de sesiones*, UN Doc. CERD/C/SR.1235 de 18 de agosto de 1997.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sexagésimo y sexagésimo primer periodo de sesiones*, Suplemento núm. 18, UN Doc. A/57/18, de 23 de agosto de 2002.



Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sexagésimo cuarto y sexagésimo quinto periodo de sesiones*, Suplemento núm. 18, UN Doc. A/58/18, de 23 de septiembre de 2004.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su sexagésimo sexto y sexagésimo séptimo periodo de sesiones*, UN Doc. A/60/18, de 3 de septiembre de 2005.

Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, *Guidelines on the follow-up to concluding observations and recommendations*, UN Doc. A/61/18 Annex VI de 18 de agosto de 2006.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales Nueva Zelanda*, UN Doc. CERD/C/NZL/17 de 15 de agosto de 2007.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su septuagésimo y septuagésimo primer periodos de sesiones*, UN Doc. A/62/18, de 1 de septiembre de 2007.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones Finales Fiyi*, CERD/C/FJI/CO/17 de 16 de mayo de 2008.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General número 14 sobre el artículo 1º párrafo 1º de la Convención*, UN Doc. A/48/18, reimpreso en “*Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*”, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 de 27 de mayo de 2008.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su septuagésimo segundo y septuagésimo tercer periodo de sesiones*, UN Doc. A/63/18, de 15 de agosto de 2008.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su septuagésimo y septuagésimo primer periodos de sesiones*, UN Doc. A/63/18, de 1 de noviembre de 2008.

Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Summary Record, UN DOC. E/CN.4/Sub.2/SR.411, de 5 de febrero de 1964.

Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Summary Record, UN DOC. E/CN.4/SR.785 de 17 de mayo de 1965.

Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, UN Doc. E/CN.4/384/Rev.1, 1979.

Subcomité para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, UN Doc. E/Cn.4/Sub.2/1985/2/Annex II.

NISOT, Joseph, *First report submitted to the Commission on Human Rights by the Sub-comission on the prevention of discrimination and the protection of minorities*, UN Doc. E/CN.4/52 de 6 de diciembre de 1947.

Foro Permanente para Cuestiones Indígenas, *Report on the eighth session (18-29 May 2009)*, UN Doc. E/C.19/2009/14

Working group on indigenous populations, *Report on its second session*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/22.

*Yearbook of the United Nations 1946-1947.*

*Yearbook of the United Nations 1948-1949.*

*Yearbook of the United Nations 1982.*

*Yearbook of the United Nations 1985.*

*Yearbook of the United Nations 2006.*

*Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports, 1978.

*Military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, Judgment, I.C.J. Reports, 1986.

Separate opinion of Judge Weeramantry, *Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary objections, Judgment, I.C.J. Reports, 1996.

*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Serie C núm. 172, de 28 de noviembre de 2007.

Corte Suprema de Belice, *Aurelio Cal et al. v. Attorney General of Belize et al.*, Reclamos núm. 171 y 172 de 2007 de 18 de octubre de 2007.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Advisory opinion of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples*, cuadragésimo primer periodo de sesiones en Accra, Ghana, mayo de 2007.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Groups (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya*, 276/03 cuadragésimo sexto periodo de sesiones, de 25 de noviembre de 2009.

Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Organización Internacional del Trabajo, 77ª sesión, 2006, solicitud directa individual, Argentina, envío 2007.

Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley número 3760 de 7 de noviembre de 2007.